



# Libro de Ponencias

[www.derechodelconsumo.com.ar](http://www.derechodelconsumo.com.ar)

Mar del Plata – Buenos Aires.  
Argentina.

Un (1) árbol es necesario para fabricar dieciséis (16) resmas de papel y para la fabricación de una (1) tonelada de papel se requieren 100.000 litros de agua. Cuidemos el planeta.

**Organiza:**

**A.C.U.B.A**

**Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos**

**Auspician:**

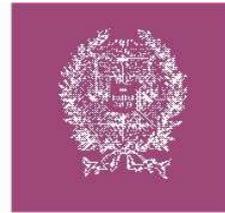


Organización de los  
Estados Americanos

*Departamento de Desarrollo Social y Empleo*

Suprema Corte de Justicia  
Provincia de Buenos Aires

**Instituto de Estudios Judiciales**



## Índice General

---

- ✓ Progresividad, derechos de los consumidores y proyecto de unificación legislativa, por Jorge Luis Bilbao.....pág. 4
- ✓ Monopolio Salarial, el problema de los mercados cautivos y la portabilidad como posible solución por Caren Daiana Kalafatich.....pág. 19
- ✓ Principios del Derecho del Consumidor y pagarés de consumo por Sergio Sebastián Barocelli y Esteban Javier Arias Cáu.....pág. 35
- ✓ La problemática del consumidor sobreendeudado argentino, un trabajo de campo en las ciudades de Santa Fe y Paraná, por Lorena Bianchi;María Florencia Clement; María Betania Dos Santos Freire y Gabriela Weidmann.....pág. 50
- ✓ Un probable *réquiem* para el daño punitivo, por Francisco Junyent Bas; Andrés Federico Varizat y María Constanza Garzino.....pág. 65
- ✓ Una mirada actual a los daños punitivos en la Ley de Defensa al Consumidor, por María Laura Estigarribia Bieber y Sandra Natalia Umansky.....pág. 80
- ✓ Cláusulas abusivas en los contratos de consumo y en el régimen de tarjeta de crédito por Susana Beatriz Torracó.....pág. 98
- ✓ Recepción del Derecho del Consumidor en el proyecto de Código Unificado y sus relaciones con la Ley de Defensa del Consumidor 24.240: *Integración de las normas relativas a “deber de información”* por Francisco Junyent Bas; Andrés Federico Barrista y María Constanza Garzino.....pág. 115
- ✓ Acerca del modo en que el daño punitivo fue incorporado a nuestro sistema jurídico por Geraldine Dresdner; Carlos Martín Debranbandere y Juan Aurelio Riva.....pág. 127

III Jornadas Rioplatenses de Derecho del Consumo y I Internacionales  
Mar del Plata, 9 y 10 de Noviembre de 2012

**Progresividad, derechos de los consumidores y proyecto de unificación legislativa**

**Jorge Luis Bilbao**

Abogado (UNMDP)

Av. Colón 1497 3ro. "b", Mar del Plata

0223-155039791

[bilbaojl@gmail.com](mailto:bilbaojl@gmail.com)

**Temario:** *derecho de consumo, derechos de los consumidores, derechos humanos, derechos económicos sociales y culturales, cláusula para el progreso, principio de progresividad, proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, prescripción, consumidor expuesto.*

**Progresividad, derechos de los consumidores y proyecto de unificación legislativa**

Jorge Luis Bilbao<sup>1</sup>

**Resumen:** *los derechos de los consumidores, entendidos como derechos constitucionales revisten una intrínseca relación con los derechos humanos y más precisamente con los denominados derechos económicos, sociales y culturales, donde rige el denominado "principio de progresividad", en consecuencia no puede (ni debe) haber retrocesos legislativos en la materia, situación que entendemos acontece en el mentado proyecto de Código Civil y Comercial unificado, tanto en materia de consumidores expuestos como de prescripción.*

**I.- Introducción**

---

<sup>1</sup> Abogado graduado de la UNMDP, alumno del posgrado en Derecho de Consumo profundizado, Universidad Católica Argentina, subsede Mar del Plata

El presente trabajo tiene por finalidad abordar la intrínseca relación existente entre los *derechos de los consumidores*, la *“cláusula para el progreso”*, el *“principio de progresividad”* en materia de derechos humanos y las implicancias que en ello trae aparejada el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que cuando nos referimos a derechos de los consumidores y a derecho de consumo lo hacemos en referencia a la rama jurídica que estudia la actividad que realiza toda persona dentro de la sociedad de consumo.

Paralelamente a ello, como dice la tan conocida frase de Kennedy *“todos somos consumidores”*, afirmamos que por el hecho de ser una actividad que nos comprende a todos los seres humanos, la tutela de los mencionados derechos debe ser enfocada en la persona. En tal sentido menciona Tobías<sup>2</sup>, con cita a Alterini, que la tutela del consumidor en la Constitución es una manifestación relevante de la tutela de la primacía de la persona puesto que la problemática es común a todos *“a pobres y a ricos, a fuertes y a débiles, a instruidos y a ignorantes, a habitantes de la ciudad y a habitantes del campo, a consumidores de productos de bienes de primera necesidad y a consumidores de bienes suntuarios, concierne genéricamente a la persona, que es eje necesario del sistema”*.

Hoy el fenómeno del consumo tiene lo más variados matices, en primer lugar se consume para satisfacer necesidades, pero a la vez se busca cada día y con mayor énfasis satisfacer deseos que, por sobre todo, suelen ser generados por ingeniosas formas publicitarias a las que permanentemente estamos expuestos. Como dicen los Dres. Alvarez Larrondo y Rodríguez *“con publicidades continuas mechadas por algunos programas variopintos, se construye la realidad social, si no la que circunda al destinatario, sí*

---

<sup>2</sup> PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA (autores varios) – *“Ley de defensa del consumidor, comentada y anotada”* – Ed. La Ley, p. 113

*a la que debe aspirar*<sup>3</sup>. Adquirir bienes y servicios permite a las personas creer que pertenecen a un determinado grupo social. Mientras que, como señala Bauman<sup>4</sup>, a la luz de las ideas de la ética del trabajo éste era el principal punto de referencia alrededor del cual se planificaban y ordenaban todas las otras actividades de la vida, una persona era quien era y ocupaba una determinada posición social a raíz del trabajo que poseía. Hoy, en cambio, con la llegada de la “estética del consumo” donde no hay rutina y nos encontramos en un estado de elección permanente, se adquiere una identidad, un lugar en la sociedad humana y se siente que la vida es significativa visitando el mercado y consumiendo. De tal modo podría parafrasearse un dicho popular diciendo “Dime que consumes y te diré quién eres”.

## **II.- El desarrollo del derecho del consumo en nuestro país**

Sin desconocer que la tutela del contratante débil (entre ellos los consumidores) se encontraba ya en el ordenamiento jurídico nacional en forma fragmentaria a través de distintas disposiciones normativas (v.gr. Código Civil, Ley de defensa de la competencia, Ley de prehorizontalidad, etc.) fue la ley 24.240 el hito fundamental en nuestro país como mecanismo para resguardar en forma específica los derechos de los consumidores. Si bien su ámbito de tutela era reducido al contrato de consumo, no puede desconocerse que fue la piedra basal en la evolución de la protección de los consumidores.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación del art. 42 que trata específicamente la cuestión, se establece un nuevo paradigma en la temática, pues ya no se circunscribe al ámbito de los contratos de consumo, sino que se hace mención a un concepto mucho

---

<sup>3</sup> ALVAREZ LARRONDO, Federico y RODRIGUEZ, Gonzalo M. – “La extremaución del pagaré de consumo” – La Ley, 17 de octubre de 2012.

<sup>4</sup> BAUMAN, Zygmunt – “Trabajo, consumismo y nuevos pobres” – Ed. Gedisa, 1999.

más amplio como es la *relación de consumo*. Esta noción resulta claramente superadora de la clásica distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual<sup>5</sup>; así se ha dicho: “*El propio art.42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios*”<sup>6</sup>.

Si bien como vemos la jurisprudencia ya hacía aplicación de la noción de relación de consumo en base al texto constitucional, no fue sino hasta la modificación de la ley de defensa del consumidor por la ley 26.361 que el concepto quedó incorporado al art. 1 en el texto legal.

Así, mientras que en un primer momento era necesaria la celebración de un acto jurídico – contrato de consumo - para que entrara en juego la tutela, posteriormente se dio lugar a una concepción mucho más amplia en donde durante toda la etapa negocial el “débil jurídico” encuentra protección.

En simultaneo con este traspaso en donde se tutelaba solo a quienes celebraban un acto jurídico para pasar a tutelar el hecho jurídico –relación de consumo – se produce otra evolución, que en cierto modo es consecuencia de aquello, en cuanto al plano subjetivo de la aplicación de la tutela consumerista.

En tal sentido con la modificación del art. 1 ya no sólo se tutela a quien reviste el carácter de usuario o consumidor stricto sensu, sino que se tutela a su grupo familiar, a su grupo social e incluso a aquellas personas que resultan expuestas a una relación de consumo. Ésta última figura es la que en doctrina se conoce como *by stander* y ha sido traída a nuestro ordenamiento a través de la reforma de

---

<sup>5</sup> En tal sentido se ha expedido la CSJN in re “Ferreyra Víctor D. c/ V.I.C.O.V S.A S/ Daños y Perjuicios”

<sup>6</sup> CNCiv., Sala F – “Torres, Érica F. C/ Coto CICSA” – LL 2004-A-433

la ley 26.361 desde el Código de Consumo Brasileño. Figura esta que fuera, por otra parte, ya reconocida por la CSJN en el precedente “Mosca”<sup>7</sup> y que sirvió como pauta para tutelar innumerables situaciones que de otro modo no encontrarían protección.

Puede afirmarse que la evolución, tanto desde el plano objetivo como subjetivo, ha tendido a aumentar la tutela en una clara aplicación del *favor debilis* como principio de raigambre constitucional<sup>8</sup>. En definitiva, la sanción de la ley 26.361 colocó al ordenamiento argentino en la materia en una situación privilegiada en el marco del derecho comparado, adoptando una concepción maximalista de la tutela de usuario y consumidores nunca vista antes.

### III.- Los derechos de los consumidores como derechos humanos

Del texto del artículo 42 CN<sup>9</sup> pueden extraerse una serie de derechos que asisten a los usuarios y consumidores, en tal sentido pueden mencionarse las palabras esbozadas por Roberto Irigoyen<sup>10</sup> en la Convención Constituyente al momento de proponer la incorporación de la citada norma: *“Podemos decir que existen derechos sustanciales del consumidor, que están incorporados en la norma que proponemos a este cuerpo. Estos derechos son a la seguridad, a la información y a la protección de los intereses económicos. Dentro de la seguridad tenemos incorporado el derecho a la vida, a la salud, a la integridad psicofísica del consumidor, el derecho a un medio ambiente sano...y a la protección de sus derechos”*.

---

<sup>7</sup> MOSCA, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios; sentencia del 6 de marzo de 2007

<sup>8</sup> Conf. PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA (autores varios) – “Ley de defensa del consumidor, comentada y anotada” – Ed. La Ley, p. 56 y ss.

<sup>9</sup> **Art. 42.**- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

<sup>10</sup> IRIGOYEN, Roberto – “Fundamentos la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor” – LL 1994-E-1020.

Siguiendo a Caramelo<sup>11</sup>, del artículo 42 podemos decir que aquellos derechos conllevan correlativamente una serie de obligaciones para la autoridad estatal. Así las cosas, entre los derechos podemos enunciar: *salud, seguridad, protección de los intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno*. Y, correlativamente las obligaciones que competen al Estado serían: *proteger los derechos mencionados, educar para el consumo, actuar en defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, controlar lo monopolios naturales y legales, velar por la calidad y eficiencia de los servicios público y facilitar la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios*.

Del tercero párrafo, a su vez, entendemos que surge *la garantía del debido proceso* aplicada específicamente a las acciones que tengan su origen en la relación de consumo.

De esta enunciación de derechos contenidos en el texto constitucional, conviene detenernos y advertir que los mismos, amén de estar reconocidos en la norma también lo están en los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los que el constituyente en la misma oportunidad que incorporó aquél artículo, les concedió jerarquía constitucional. Tal como señala Tambussi “*El derecho del consumidor es sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de lo que llamamos “derechos humanos”*”.<sup>12</sup> Derechos que, por otra parte, ya fueron reconocidos también en el art. 39 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

Visto esto, puede sostenerse que la tutela de los consumidores y los derechos que a ellos asisten revisten sin lugar a dudas el carácter de derechos humanos y, dentro de ellos, los que hacen a la categoría de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”. Dice el citado autor al

---

<sup>11</sup> PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA (autores varios) – “Ley de defensa del consumidor, comentada y anotada” – Ed. La Ley, p. 56 y ss.

<sup>12</sup> TAMBUSI, Carlos Eduardo en GORDILLO, Agustín – Derecho Administrativo – [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

respecto<sup>13</sup> *“La defensa del consumidor se constituye como uno de los principios rectores en materia de política económica y social...”*.

#### **IV.- Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Principio de Progresividad**

Al referirnos al principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, hacemos alusión a que a diferencia de los denominados derechos civiles y políticos aquellos imponen al Estado una obligación “de hacer”, es decir que para su pleno goce y eficacia se deben adoptar políticas activas. El principio de progresividad se encuentra consagrado en el Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, imponiéndose a los Estados el desarrollo progresivo de este tipo de derechos a los fines de lograr una plena efectividad de los mismos, en la medida de sus recursos.

Paralelamente, esta obligación de progresividad que asumen los Estados conlleva a la no regresividad en la materia, es decir que una vez garantizado un derecho éste no puede, posteriormente ser desconocido ni menoscabado en sus alcances. En tal sentido como bien señala Caramelo<sup>14</sup> se puede afirmar que *“a partir de la vigencia en la materia del principio indicado, no pueden admitirse jurídicamente retrocesos, ni fácticos ni normativos...”*.

Este principio, que pareciera fuera incorporado a nuestro ordenamiento por los tratados de derechos humanos en realidad ya encontraba su manifestación en el preámbulo a través de aquella frase que señala “promover el bienestar general” y se manifestó a través de la denominada “cláusula para el progreso” en el actual art. 75 inc. 18 y 19, que a su vez se complementa con las denominadas

---

<sup>13</sup> TAMBUSSI, Carlos Eduardo op. Cit.

<sup>14</sup> PICASSO – VAZQUEZ FERREYRA (directores) – “Ley de defensa del consumidor, comentada y anotada” – p. 56 y ss.

medidas de “acción positiva” contempladas en su inciso 23 en cuanto señala como atribución del Congreso de la Nación: *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución...”* y he aquí que, entre los derechos que el constituyente reconoció nos encontramos ni más ni menos que con los “derechos de los consumidores”.

Llegados a este punto, podemos mencionar entonces que el desarrollo que analizamos previamente desde el texto originario de la Ley 24.240 hasta la reforma por la ley 26.361, pasando por la incorporación del art. 42 se erige como una manifestación de desarrollo progresivo en materia de derechos humanos. Y, paralelamente a ello, que la legislación consumerista, amén de ser una reglamentación de un derecho constitucional también se inviste como una “acción positiva” originada en el Congreso tendiente a garantizar la igualdad del sujeto débil en la relación de consumo.

Podemos referir entonces que cualquier retroceso en materia de tutela de los consumidores puede ser entendido como una clara afectación del principio sentado por la normativa suprallegal antes mencionada e incluso, en ocasiones, hasta conllevar responsabilidad internacional por parte del Estado.

Resultan por demás ilustrativas las palabras de la Dra. Mónica Pinto al decir: *“las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos son las de respetarlos y garantizarlos, así como la de adoptar las medidas necesarias a tales fines. Estas obligaciones se adecuan a la distinta naturaleza de los derechos. Así, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes en los tratados se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente*

y de conformidad con la legislación interna, **la plena efectividad de los derechos reconocidos<sup>15</sup>** (la negrita nos pertenece).

Pues bien, cualquier forma de tutela que fuera reconocida a los consumidores no puede verse menoscabada con reformas legislativas ulteriores.

#### **V.- La cuestión en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.**

Teniendo en cuenta lo antes dicho en cuanto a que por su carácter los derechos de los consumidores son derechos humanos, que dentro de ellos revisten el carácter de derechos económicos, sociales y culturales y que por aplicación del principio de progresividad se encuentra vedado cualquier tipo de retroceso en su tutela, parece propicio analizar dos cuestiones que, de sancionarse el Proyecto de Código unificado, entendemos afectarían derechos que ya se encuentran en cabeza de quienes de algún modo se encuentran a diario inmersos en relaciones de consumo sea en forma directa o indirecta<sup>16</sup>.

Así, podemos mencionar que las reformas propuestas por el Proyecto en materia de consumidores expuestos y prescripción, amén de exceder el marco dispuesto por el decreto 191/2011, constituyen un claro retroceso en cuanto a progresividad. Veamos:

V.a) Consumidores expuestos: el reconocimiento de la figura del consumidor expuesto como lo hace nuestro ordenamiento implica la tutela de una persona que no participa directamente de la relación de consumo, pero que por diversas circunstancias que pueden materializarse a través del tiempo esa relación de algún modo lo “afecte” y de allí que la legislación tenga que venir en su auxilio; un caso típico en nuestra jurisprudencia es el ya mencionado caso “Mosca” resuelto por la

---

<sup>15</sup> PINTO, Mónica – “Integralidad de los derechos humanos. Exigibilidad de los derechos colectivos y acceso a la justicia de las personas en condición de pobreza”- Publicado en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25528.pdf>

<sup>16</sup> Cabe aclarar que el análisis de estas dos cuestiones no implica desconocer otras modificaciones como el caso del Daño Punitivo y el Daño Directo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde si bien el damnificado no era parte de la relación de consumo se vio afectado en su integridad física como consecuencia de disturbios en un espectáculo deportivo del cual no era partícipe. En tales casos la relación de consumo es considerada en abstracto y no como un hecho cierto y determinado. Se ha dicho en consonancia *“hallarse expuesto evoca, en lo que nos interesa, la idea de estar sometido a la posibilidad de involucrarse en la adquisición o utilización de bienes o servicios provenientes de una relación de consumo que le es extraña, cuestión ajena a la representación que se hace, por ejemplo, el tercero damnificado...”*<sup>17</sup>.

La figura del consumidor expuesto viene a tutelar a la parte débil en aquellas ocasiones que una relación de consumo a la que es ajeno lo alcanza y que, en caso de no verse protegido por la normativa consumerista –pese a ser un débil jurídico – quedaría inmerso en el ámbito de la legislación civil clásica. En tal sentido, recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II<sup>18</sup> responsabilizó a la empresa Arcos Dorados S.A. (Mc donald’s) por los daños que sufriera un cliente por parte de terceros en el estacionamiento del establecimiento. Resulta pues una clara aplicación de la figura del consumidor expuesto, ya que de aplicarse la normativa del Código Civil, podría haber sucedido que Arcos Dorados no hubiera respondido por tratarse de un supuesto de eximente de responsabilidad objetiva (tercero por el cual no se debe responder) pese a que el hecho dañoso ocurrió en su establecimiento.

Respecto de esta figura, en los fundamentos del proyecto se alude a que habiendo sido traída a nuestro ordenamiento desde el Código de Consumo de Brasil por la ley 26.361, lo ha sido en forma errónea y sin limitaciones, cuando en aquel la figura solo es alcanzada en materia de “prácticas

---

<sup>17</sup> STIGLITZ, Rubén y PIZZARRO, Ramón – “Reformas a la ley de defensa del consumidor” – La Ley, 16/3/2009

<sup>18</sup> Cristobo, Newman Sergio c/ Villagra Federico y ots. s/ Daños y Perjuicios - MJ-JU-M-73673-AR

comerciales”<sup>19</sup>, siendo éste el alcance que también se busca en el texto proyectado. Así, mediante la modificación del Art. 1 de la ley 24.240 y el art. 1096 del proyecto, se reduce significativamente la tutela de toda aquella persona que de un modo u otro se expone a una relación de consumo, quedando circunscripta al trato digno, trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar, dejándose de lado derechos esenciales como la salud o la integridad física. En tal sentido textualmente los miembros de la comisión en sus fundamentos han dicho que la actual situación de la figura del consumidor expuesto se debe a una *“traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales pero no como noción general”*<sup>20</sup>.

Respecto de esta modificación del régimen vigente vienen a colación las palabras esbozadas recientemente por Junyent Bas y Garzino: *“...consideramos que la exclusión del "bystander" del ámbito consumeril se trata de una restricción infundada, que beneficia a ciertos sectores de la sociedad, pero que afecta los derechos de los consumidores y usuarios más débiles...”*.

Agregamos que no puede justificarse una reforma que menoscabe derechos en un error de técnica legislativa.

Otro argumento que se ha dado para la limitación de la figura es respecto del tercero damnificado en un accidente de tránsito, los fundamentos del proyecto dicen textualmente: *“la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al*

---

<sup>19</sup> Capítulo V, Sección I, Art. 29: “Para los fines de este Capítulo y de lo siguiente, se equiparan a consumidores todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas aquí previstas.” Y el capítulo refiere a Oferta, Publicidad y Prácticas Abusivas.

<sup>20</sup> Código Civil y Comercial de la Nación (Proyecto del Poder Ejecutivo); Ed. Rubinzal Culzoni, 2012, p. 617 y ss.

*peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador”.*

De nuestra parte sostenemos, cómo puede pretenderse que el tercero damnificado que, en definitiva resultará beneficiario de la póliza de seguro por responsabilidad civil en automotores, se vea perjudicado por la celebración de un contrato en el cual no formó parte. Máxime cuando, según lo establecido por el art. 116 de la Ley de Seguros, el asegurado no puede celebrar transacción alguna con el damnificado sin la anuencia del asegurador. En definitiva, él se encuentra *expuesto* a esa relación de consumo – contrato de seguro – de la cual en ningún momento participó. Ilustrativas son las palabras de la Cámara Nacional Civil (en pleno) en autos Obarrio C/ Microomnibus Norte: *“La función del contrato de seguro queda desnaturalizada, no sólo porque no se contemplan los derechos del asegurado, en procura de su indemnidad, sino que primordialmente se ven afectados los intereses de los damnificados por accidentes de tránsito, desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económico jurídica de tal contratación”.*

Se podrá argumentar en contra de nuestra postura que la modificación del art. 1 y la incorporación de los art. 1096 y siguientes no afectan al consumidor expuesto, puesto que por ejemplo a través de la regulación en materia de responsabilidad este quedaría igualmente abarcado. Sin embargo, entendemos que el régimen actual permite entender en forma adecuada los alcances y la dimensión que tiene la adquisición de bienes y servicios. También se nos podrá decir que el término “prácticas comerciales” al que alude el art. 1096 del Proyecto es un término sumamente extensivo y que permite contemplar innumerables situaciones que afectan a los consumidores expuestos; pero la misma vaguedad que caracteriza al término puede conducir a una aplicación restrictiva por parte de los órganos jurisdiccionales. Es un riesgo que resulta preferible no correr y evitar una modificación que, como dijimos, creemos innecesaria.

V.b) Prescripción: por otra parte el proyecto de unificación y, más precisamente, su Anexo II que establece la ley de derogaciones, modifica el art. 50 de la Ley 24.240, el cual quedaría redactado de la siguiente manera: *“Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de 3 años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”*, se vuelve a los mismos problemas (o incluso peores, ya que ni siquiera habla de acciones) que se suscitaban antes de la reforma de dicho artículo por la ley 26.361, por lo que entendemos conjuntamente con Novick y Tambussi<sup>21</sup>, que esta modificación resulta de una actitud inexplicable.

Los autores citados mencionan como ejemplo el caso de la revisión de los contratos de consumo que, de conformidad con el art. 2562 inc. A) del proyecto queda reducida a 2 años como contraposición de los 3 años del régimen vigente.

Asimismo, desde nuestra perspectiva podemos agregar otros dos casos que con la modificación al art. 50 evidentemente traerían aparejado un perjuicio para los consumidores. En primer lugar el caso de la prescripción por vicios redhibitorios que el art. 2564 inc. A) fija en 1 año, cuando actualmente por el artículo 50 el plazo de prescripción en materia de consumo es de 3 años.

Y, en segundo lugar, el que tal vez sea la modificación más preocupante, encontramos la cuestión de la prescripción en el reclamo derivado de daños en el transporte, que queda reducida –a raíz de la mencionada modificación del art. 50 – a 2 años, circunstancia que habiendo sido discutida en reiteradas ocasiones fue zanjada por el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

---

<sup>21</sup> NOVICK, Marcela y TAMBUSI, Carlos – “La proyectada reforma a los Códigos Civil y Comercial y los derechos del consumidor” – Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley Agosto, 2012; página 65 y ss.

“Saez González Julia del Carmen c/ Astrada Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios”<sup>22</sup>, donde se determinó que el plazo aplicable a la cuestión era el trienal de la Ley 24.240.

Resulta cuanto menos insólito que la modificación propuesta al art. 50 LDC venga a traer oscuridad donde la ley 26.361 trajera luz, máxime cuando se hizo expresa la aplicación del principio *in dubio pro consumidor* en cuanto a la aplicación del plazo de prescripción más favorable al consumidor, lo que también es suprimido por el Anexo mencionado.

## **VI.- Apostillas finales**

Llegados al final de la presentación podemos señalar algunas cuestiones que revisten particular importancia en el tema tratado.

En primer lugar, nuestro país ha dado vital importancia a la tutela de los consumidores mediante su incorporación expresa al texto constitucional, se trata de uno de los denominados “derechos civiles constitucionalizados”. Conjuntamente con ello, se ha reconocido vital importancia a la cuestión de derechos humanos como un todo indivisible – por un lado la categoría de los denominados Civiles y Políticos, por otro los Económicos, Sociales y Culturales – y en consecuencia, se han adoptado una serie de obligaciones en el plano supra nacional por las cuales, en caso de incumplimiento, el Estado debe responder.

Dada esta situación que mencionamos y recordando las palabras de la Dra. Mónica Pinto antes reseñadas, debemos destacar que en materia de Derechos Humanos – que en definitiva también lo son todos aquellos que conforman la parte “dogmática” de la Constitución y, entre ellos, los derechos de los consumidores– es menester que a los fines de lograr su plena eficacia no se operen retrocesos ya sea en la legislación o a través de su aplicación en los procesos judiciales.

---

<sup>22</sup> MJJ70925

Esto último es lo que entendemos acontece en materia de “consumidores expuestos” y “prescripción” mediante la pretendidas modificaciones establecidas por el Proyecto de Código Unificado, aún en franca contraposición con lo dispuesto en los considerandos del Decreto 191/2011 que creo la Comisión reformadora en cuanto señala que no ha de sustituirse la legislación especial (considerando 6to.) y tiene en consideración asimismo la Reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos (considerando 5to.).

El camino iniciado con el texto originario de la Ley 24.240 y todo su recorrido hasta la sanción de la ley 26.361 no es un camino llano, por el contrario ha habido vaivenes tanto en las posturas jurisprudenciales como en la realidad socio-económica de nuestro país, pero paulatinamente siempre se ha avanzado.

Es por ello que, a modo de conclusión pretendemos que estas palabras sean oídas a los fines de que al momento de tratarse el Proyecto de ley que dará forma al Código Civil y Comercial unificado, los legisladores tengan presente el retroceso que implica tanto la reducción de la tutela del consumidor expuesto como la modificación en cuanto los plazos de prescripción de las acciones judiciales. Queremos que sea el espíritu de Justicia Social el que prevalezca por sobre aquellas posturas que ven al derecho como una mera herramienta de análisis económico donde sólo se ponderen costos y beneficios.

### III JORNADAS RIOPLATENSES

Y

### I INTERNACIONALES

### DE DERECHO DEL CONSUMO

**TEMA:** “Situación actual del Derecho del Consumo en Argentina y América Latina”.

**SUBTEMA:** Monopolio Salarial, el problema de los mercados cautivos y la portabilidad como posible solución

**AUTOR:** Caren Daiana Kalafatich

DOMICILIO: 1° de Mayo 3353 Planta Baja Dpto. 2, Santa Fe, CP 3000.

TELEFONO: 0342 - 155210882 / 0342 - 4550500

CORREO ELECTRONICO: [carenkalafatich@gmail.com](mailto:carenkalafatich@gmail.com)

#### PONENCIA

#### **MONOPOLIO SALARIAL, EL PROBLEMA DE LOS MERCADOS CAUTIVOS Y LA PORTABILIDAD COMO POSIBLE SOLUCIÓN**

##### **Resumen:**

Los empleados públicos nacionales, provinciales y municipales constituyen un grupo masivo de clientes a quienes se les impone la apertura de una cuenta en una de entidad financiera predeterminada por el Ente Público a los efectos del cobro del salario. Estas entidades bancarias, conscientes de su posición dominante, actúan como si fuera el propio Estado, no dando explicaciones, aumentando las tarifas sin oír a los usuarios, atendiéndolos mal, etc. Así, los usuarios quedan sometidos a un “*negocio asfixiante*” atento a la existencia de un cúmulo de derechos usados de modo tal, que en la práctica, acaban produciendo un efecto disfuncional que impide o limita al extremo las libertades. Podemos definir a este tipo de situaciones como “*abusivas*”, aún cuando no se pueda constatar una violación directa de normas o derechos, ello en razón de que, pese a no existir norma expresa que prohíba al trabajador cobrar en otro banco, la violación a la libertad de elección

aparece como resultado inmediato de la exclusividad garantizada al adjudicatario de la licencia para actuar como agente pagador.

Los principales efectos de estos mercados cautivos son: la vulneración de la libertad de elección (art. 42 de la CN), el sometimiento de los usuarios a servicios con costos elevados, tratos vejatorios, situaciones de riesgo, y la dificultad para acceder a créditos consignados, de largo plazo y con tasas de interés reducidas.

En razón de lo expuesto, impera la necesidad de establecer por medio de una ley formal las figuras de la *portabilidad salarial y crediticia*. Así, la portabilidad operaría como una herramienta clave en la defensa de los usuarios vulnerables, haciendo a las veces de garantía de “refuerzo” para el ejercicio pleno de la libertad de elección. Asimismo, coadyuvaría en la consolidación un mercado competitivo, con los consecuentes provechos de la competencia se derivan a favor de los usuarios. Esta facultad de portar abarcaría a los créditos, los salarios, las jubilaciones, pensiones, honorarios y cualquier tipo de remuneración que normalmente los trabajadores reciben por medio de la cuenta sueldo.

**Palabras Claves:** portabilidad, garantía, salario, crédito, mercado cautivo, libertad.

## **MONOPOLIO SALARIAL, EL PROBLEMA DE LOS MERCADOS CAUTIVOS Y LA PORTABILIDAD COMO POSIBLE SOLUCIÓN**

### **MERCADOS CAUTIVOS**

Una mirada sobre la problemática de los empleados públicos de la Provincia de Santa Fe

Por “*mercado cautivo*” se entiende a aquel mercado al que se tiene un acceso preponderante o casi exclusivo. En este sentido, un banco puede tener un mercado cautivo en una universidad o un supermercado, si es el único que está autorizado a tener una agencia en ese lugar<sup>23</sup>.

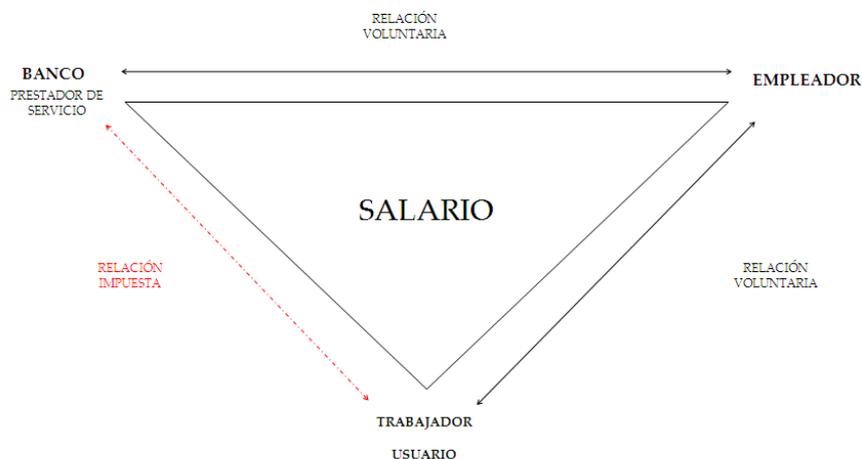
El ejemplo más ilustrativo de estos mercados cautivos lo podemos encontrar representado, en nuestro país, por los empleados públicos nacionales, provinciales y municipales como grupo masivo de clientes a quienes se les impone la apertura de una cuenta en una de entidad financiera

---

<sup>23</sup> MERCUSE, Robert, en “Diccionario de Términos Financieros & Bancarios”, ECOE EDICIONES, Cuarta Edición, Bogotá, D.C. Octubre de 2002.

predeterminada por el Ente Público a los efectos del cobro del salario. Otros ejemplos de ello pueden ser las telecomunicaciones antes de la portabilidad, la adquisición de propiedades en condominios administrados, los tiempos compartidos (time-sharing), los servicios públicos monopólicos, entre otros.

En el supuesto desarrollado ut-supra, respecto al empleado público, es preciso aclarar que si bien aparecen 3 vínculos contractuales, este empleado sólo se desenvuelve en dos de ellos, por un lado, como “trabajador” frente a la Administración Pública (relación voluntaria y laboral), y por otro, como “usuario” de un servicio financiero<sup>24</sup> frente a la entidad bancaria -agente pagador- (relación coactiva y de consumo).



La tercera relación, de la que surge el “mercado cautivo”, se lleva a cabo entre la entidad financiera y la Administración Pública, y aunque de misma se deriven consecuencias negativas para el trabajador/usuario, éste no forma parte de la vinculación, no es tenido en cuenta, ni recibe beneficio alguno.

Estos mercados cautivos bancarios, colisionan transversalmente con el sistema de garantías que nuestro ordenamiento jurídico instaura en protección de los usuarios y consumidores como parte débil en las relaciones comerciales, siendo la principal vulneración, la limitación o supresión de la libertad de elección (libertad contractual y de contratar) de este grupo masivo de clientes (art. 42 Constitucional Nacional).

---

<sup>24</sup> Ese servicio financiero al que se hace referencia está dado por la cuenta sueldo a través de la apertura de una caja de ahorro.

Según Gordillo, toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial sobre abuso y desviación del poder (en el ámbito del Derecho Público) calza como un guante, a partir de la incorporación del nuevo art. 42 a la Constitución nacional, no contra el poder del Estado concedente, sino contra el poder del concesionario o titular de un privilegio que asume el rol de poder dominante<sup>25</sup>.

Estas entidades bancarias, actúan como si fuera el propio Estado, no dando explicaciones, aumentando las tarifas sin oír a los usuarios, atendiéndolos mal, etc., en tanto que los usuarios forman un mercado cautivo respecto del cual el concesionario se halla en una posición dominante, lo que permite numerosos abusos, a los cuales el usuario no puede oponerse. Esto es inevitable cuando el servicio se presta monopólicamente, ya que el Estado, a través del pliego de condiciones de la licitación [...] no protege eficientemente a los usuarios. Por eso es necesario e imperativo que (el servicio) sea prestado sin menoscabo de los derechos de los usuarios, en condiciones “funcionales” o en beneficio del interés público. La CN prevé como modelo deseable a la libertad de elección, dado que supone que la competencia redundará en beneficios para los consumidores. La libertad de elección se fortalece cuando el servicio es prestado por distintas empresas, para romper el monopolio, dando al usuario la oportunidad de elegir, sacándolo del cautiverio del concesionario único [...]<sup>26</sup>.

Sobre ello, algunos autores entienden, [...] que el art. 42 de la Constitución no se limita a proteger directamente al último eslabón de la cadena de consumo o servicio, sino también indirectamente a defender a los empresarios, protegiéndolos contra la competencia desleal y al hacerlo así se protege indirectamente al consumidor y usuario<sup>27</sup>.

Si nos posicionamos desde la óptica del usuario que recibe su salario por medio de una entidad financiera impuesta por el Estado, el sujeto se halla inmerso en verdadero monopolio.

Ricardo Lorenzetti define como “*negocio asfixiante*” al que –sin serlo– produce los efectos de un monopolio (limitación extrema de libertad de elección), donde el concesionario o el tomador de una franquicia suelen estar “rodeados” por un cúmulo de previsiones contractuales, sumadas a la incorporación de garantías [...] que producen el resultado final de disolución de las herramientas

---

<sup>25</sup> GORDILLO, Agustín en “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios”, La Ley, t.1995-A, p. 219. Lo agregado entre paréntesis no corresponde a la cita.

<sup>26</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo IV Arts. 42 a 86, Edición Depalma, con cita de Roberto Irigoyen, pág. 5.

<sup>27</sup> Ídem, con cita de Carlos Alberto Guajardo, pág. 5.

jurídicas tradicionales. En este contexto, si se da la posibilidad de cuestionar alguna disposición del contrato madre, no se lo hace porque será ineficaz frente a las ataduras que se tienen por otro lado. Se asfixian las libertades del cocontratante (usuario)<sup>28</sup>.

De este modo, el Nuevo Banco de Santa Fe actúa como agente pagador de todos los empleados públicos de la Provincia de Santa Fe, y, conforme el pliego de bases y condiciones de la Licitación 09/09, punto 9.3, como adjudicatario posee “exclusividad” en el mercado durante la vigencia del contrato de vinculación, exclusividad asimismo, que según prescribe la normativa fue “pactada en beneficio de ambas partes” (Estado/Banco), es decir, sin tomar en consideración al destinatario final del servicio.

La situación descripta ut-supra se reproduce en todos los estratos de la Administración Pública de nuestro país y del mismo modo en otros países del mundo, ya que no se trata de una problemática exclusiva de Argentina, y, en todos los casos hallamos que, sea por medio de licitaciones o convenios específicos (interadministrativos), siempre se establecen en provecho de los contratantes (Estado/banco) y a costas de las libertades y garantías de los usuarios y consumidores.

Pese a que, *prima facie*, esta práctica de concentrar el pago de sueldos en una única entidad bancaria pueda parecer “razonable” a la luz de la practicidad y eficacia que le reditúa a la Administración, no debe perderse de vista los perjuicios que de dicho *monopolio salarial* se derivan contra los derechos de los trabajadores, quienes, “casualmente” son los destinatarios últimos de tal práctica.

Ahora bien, analizada la normativa reseñada (punto 9.3. del pliego) a la luz del artículo 42 de la Constitución Nacional, no cabe otro entendimiento de la misma que la configuración de un precepto reglamentario claramente inconstitucional toda vez que importa, indirectamente, la restricción del derecho a elegir que asiste a todos los usuarios y consumidores, disposición que luce en palmaria contradicción con los fines que guiaron la reforma de nuestra Carta Magna en 1994.

Así, podemos definir a este tipo de situaciones en la que se halla inserto el cliente como “abusivas”, aún cuando no se pueda constatar violación directa de normas o derechos, aclarando en razón de ello que, pese a no existir norma expresa que prohíba al trabajador cobrar en otro banco, la violación a la

---

<sup>28</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis en “Consumidores”, segunda edición actualizada, RUBINZAL – CULZONI EDITORES, Pág.170. Lo agregado entre paréntesis no corresponde a la cita.

libertad de elección aparece como resultado inmediato de la exclusividad garantizada al adjudicatario de la licencia (NBSF). En este sentido, hay un cúmulo de derechos usados de modo tal que producen un efecto disfuncional [...] desde el punto de vista fáctico, es un contexto que impide o limita la capacidad de elección. En este sentido, el ejercicio en principio no está afectado, pero el resultado práctico es que por obra del contexto se produce la lesión<sup>29</sup>.

Así las cosas, en estas “contrataciones” que el mismo Estado negocia en detrimento de los derechos de los usuarios, el abuso aparece configurado por la imposibilidad fáctica de migrar de entidad bancaria como palmaria violación a la libertad de elección toda vez que el usuario carece de la posibilidad elegir a su conveniencia el banco con el que quiere relacionarse y por ende, optar a través del cual desea recibir su salario junto con otras consecuencias que más adelante se desarrollaran.

Sobre este punto, Ekmekdjian define a la libertad de elección como la posibilidad de elegir libremente al prestador del servicio o al vendedor o productor de la cosa a adquirir, considerando asimismo, esencial que el prestador del servicio [...] no tenga un monopolio de hecho o derecho sobre la prestación del servicio [...] para evitar perjuicios al usuario o consumidor. En efecto, cuando el prestador del servicio o el vendedor tienen un mercado cautivo, esto es, una clientela que no tiene otra alternativa que acudir a él como único vendedor o prestador, la posición monopólica inmediatamente crea una situación de desventaja del usuario, que el prestador del servicio aprovecha, manipulando las tarifas, disminuyendo la calidad del servicio, etc.<sup>30</sup>

Estos mercados cautivos que se valen también de clientes retenidos involuntariamente, quienes quedan sometidos a ellos por causa normas jurídicas vulneradoras de garantías consagradas constitucionalmente. Estos preceptos resultan del entramado normativo que rige en los 3 vínculos ya referidos, como por ejemplo los instrumentos de contratación de los empleados públicos, los pliegos de licitaciones, entre otros. De ellos se acaba derivando una situación abusiva posicionada al margen de los intereses y la comodidad de los usuarios argentinos.

---

<sup>29</sup>LORENZETTI, Ricardo Luis en “Consumidores”, segunda edición actualizada, RUBINZAL – CULZONI EDITORES, Pág.172.

<sup>30</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo IV Arts. 42 a 86, Edición Depalma, con cita de Roberto Irigoyen, pág. 13

En general, las consecuencias de someter a los usuarios a estas situaciones abusivas son innumerables. Los clientes quedan a “merced” de lo que disponga el proveedor, quien consciente de su posición comercial-contractual dominante poco se preocupa (ni ocupa) por brindar a sus usuarios una atención ajustada a las condiciones legales que exigen los preceptos de la 24.240, como así tampoco, se interesa por respetar los estándares de calidad mínimo presentes en otros servicios no monopólicos. En este sentido, y como si lo antedicho fuera poco, la práctica de estos mercados cautivos deja entrever conductas más arbitrarias aún, como las modificaciones unilaterales de las condiciones contractuales, los precios, etc.

Ahora bien, en lo que refiere al caso específico de los empleados públicos de la Provincia de Santa Fe, la situación no es muy distinta a la general. El NBSF manifiesta, en sus prácticas, un desprecio significativo por los derechos de sus usuarios imponiéndoles un trato que, además de distar con las disposiciones de la 24.240, resulta vejatorio para cualquier ser humano mismo, sea o no usuario.

En este sentido, la entidad bancaria viola flagrantemente al derecho ser tratado dignamente (art. 8° bis actual ley 24240) toda vez que sus usuarios, a fin de ser atendidos personalmente para realizar un trámite en la “cuenta sueldo”, deben realizar largas filas, durante lapsos de tiempo excesivos, sin contar con las comodidades que hacen al confort indispensable para cualquier persona, resaltando la falta de mobiliario para sentarse, *dispensers* con agua, instalaciones sanitarias disponibles para el uso por los clientes, esto último, en transgresión de la Ordenanza Municipal N° 11708.

Por otro lado, y no siendo menos importante, corresponde destacar que la problemática sub examine se relaciona de modo directo con la libre competencia, ante lo cual deviene oportuno recordar que la defensa del consumidor se logra no sólo con la protección directa al último eslabón de la cadena producción-consumo, sino también con la protección a la libre competencia del mercado<sup>31</sup>.

En idéntico parecer, Lorenzetti manifiesta que, la existencia de un mercado competitivo es uno de los mecanismos más eficientes para la defensa del consumidor. El incremento de opciones de productos y servicios es lo que asegura la libertad contractual y favorece el poder de negociación del individuo, y pese entender que a mayor competencia hay menor necesidad de proteger al

---

<sup>31</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo IV Arts. 42 a 86, Edición Depalma, con cita de Guajardo, pág. 21

consumidor, acaba concluyendo que la competencia no es excluyente sino complementaria de la intervención directa<sup>32</sup>.

En razón de ello, y en aras a intervenir eficazmente en estos mercados abusivos para evitar las consecuencias negativas que de ellos se dimanarían, se reguló la portabilidad en el ámbito de las telecomunicaciones de nuestro país. Esta herramienta se configura como un elemento clave para garantizar la libertad de elección de los clientes, permitiéndoles migrar de una empresa prestataria a otra, lo que ya podían hacer antes, pero conservando su número, es decir, preservando la satisfacción de una necesidad de consumo típica, por sobre los elementos estructurales del contrato. Este esquema es propio del Derecho Protectorio (constitucional), que protege atendiendo en primer lugar a la situación fáctica (ej. by stander), superando las limitaciones reglamentarias.

### **LA PORTABILIDAD**

El nacimiento de una herramienta clave que los usuarios puedan escapar al “negocio asfixiante” que generan los mercados cautivos

#### **APROXIMACIÓN AL CONCEPTO**

La *portabilidad* surge en nuestro país como una herramienta novedosa y fuertemente ligada al ámbito de las telecomunicaciones. Asimismo, y pese a la falta de experiencias locales que refieran al uso de esta figura en otros espacios, podemos hallar que en países que ostentan un Derecho del Consumidor más evolucionado, como Brasil, la portabilidad no ha quedado limitada al derecho de todo usuario para migrar de una empresa a otra sin modificar su número telefónico, sino que por el contrario, se ha ido aplicando a distintos vínculos, alcanzando así, nuevas conquistas dentro de las fronteras del consumo.

En el estado de arte actual, y frente a un instituto jurídico poco explorado como la portabilidad, faltan definiciones conceptuales claras, estudios sobre las consecuencias de su aplicación, y sobran

---

<sup>32</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis en “Consumidores”, segunda edición actualizada, RUBINZAL – CULZONI EDITORES, Pág. 65.

dudas sobre su encuadre. Ante ello, sobreviene imprescindible realizar una aproximación a la figura a fin de echar luz sobre la misma.

La expresión portabilidad nace del verbo portar (del Latín “*portāre*”), definido por la Real Academia Española como “*llevar o traer*”. En este sentido, la “portabilidad” podría ser entendida como una facultad conexas a la *propiedad* del bien que se quiere portar (número telefónico, salario, etc.), ello así atento a que resultaría difícil, cuanto menos, concebir la idea de que un sujeto pueda “llevar o traer” algo ajeno.

De esta manera, vemos que el usuario del servicio de telefonía no está portando el objeto de contratación (es decir, el servicio de telefonía móvil), sino más bien el número de teléfono, entendido este último, con un “bien” en sí mismo sobre el cual se efectiviza el servicio contratado, y cuya “portabilidad” permite garantizar la satisfacción de una necesidad típica del usuario.

En concordancia con lo antedicho, y para el caso de los empleados públicos, el objeto de contratación estaría dado por el servicio que presta la entidad a través de la caja de ahorro en la cual se deposita el salario, con el entendimiento de que, el dinero que integra el sueldo y sobre el cual recae el servicio bancario constituye el “bien” sobre el que se efectiviza el servicio, de propiedad indiscutible de los empleados, y cuya portabilidad permite garantizar la satisfacción de una necesidad típica. En razón de ello, mal puede imponérseles el banco con el cual “deben” contratar un servicio (cuenta sueldo) para un bien propio (salario), máxime, si tomamos en consideración tres puntos: la calidad con que se brinda el servicio, la necesidad típica en juego y el ejercicio del derecho a elegir que le asiste al cliente por imperio constitucional (art. 42 CN).

Por otro lado, y conforme el uso actual del concepto, la portabilidad detenta la idea de *facilidad*, vinculada esta última, con las exigencias que se requieren para “llevar o traer” ese algo, es decir, los condicionamientos a los que nos enfrentamos para poder portar o movilizar un objeto que entendemos propio. De este modo, podríamos decir que “*portamos algo porque es nuestro, y como es nuestro, tiene que ser fácil portarlo*”.

Hoy en día, la realidad cotidiana demuestra que muchos trabajadores del Estado poseen una relación comercial de “confianza” con entidades financieras distintas de aquella a través de la cual reciben el salario, y ante ello, se ven obligados, todos los meses, a retirar el dinero del banco pagador para depositarlo en otro, quedando expuesto así a muchos riesgos, entre ellos, la posibilidad de ser víctimas de algún asalto. Esta práctica deja entrever que, en lugar de un procedimiento fácil y sencillo

que garantice la libertad, existe un procedimiento gravoso, burocrático, inseguro y a costa del usuario.

## **BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

A fines de la década del 80', precisamente en 1989, se legisló la Ley de Reforma del Estado N° 23.696 denominada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como "el estatuto para la privatización", normativa, esta última, que en su artículo 10 dispone "la exclusión de todos los privilegios y/o cláusulas monopólicas y/o prohibiciones discriminatorias, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación de los servicios públicos".

Tiempo después, a principios del 90', se produce en nuestro país la apertura total a la competencia dentro del mercado de las telecomunicaciones por medio del Decreto 465/2000, iniciándose de esta manera, un proceso por medio del cual se pretendió garantizar la plena competencia de las empresas oferentes del servicio de telefonía.

Dentro de este nuevo escenario se fueron elaborando diversas normativas, entre ellas, el Reglamento Nacional de Interconexión (RNI) (aprobado por decreto 764/2000), que establece en su art. 30, que la portabilidad numérica es un derecho del cliente o usuario, y lo entiende como "la capacidad que permite a los clientes mantener sus números cuando cambien de prestador y/o de servicio y/o de ubicación geográfica en la que recibe el servicio, de acuerdo a las disposiciones del plan fundamental de numeración nacional".

En consonancia con lo antedicho y más allá de la normativa reseñada precedentemente, es necesario remarcar que, luego de la Reforma Constitucional del 94', conforme las nuevas prescripciones del Art. 42 de la Constitución Nacional, la portabilidad puede (y debe) ser entendida como una derivación directa del derecho constitucional que asiste a todos los usuarios y consumidores a la libertad de elección, y ante ello, son las autoridades argentinas quienes deben proveer lo conducente para promover la competencia y la protección de tal derecho.

Pese a que hace más de una década, que en nuestro país se discute entorno a la portabilidad numérica, dicho beneficio fue conquistado por los usuarios argentinos recién en 2012. Aclarándose asimismo que, hasta el momento, toda la regulación de la temática está dada por diversas resoluciones de la Secretaría de Comunicaciones (98/2010, Conjunta 8/2011, 67/2011) ya que no

existe una ley nacional que legisle en materia de portabilidad ante lo cual su aplicación es limitada, circunscribiéndose al ámbito de la telefonía móvil sin alcanzar a la telefonía fija, en flagrante violación a los principios de igualdad y no discriminación.

Sobre lo antedicho, existen varios proyectos de ley (vgr. expedientes 6145-D-2008, 4540-D-2008) presentados en el congreso nacional para legislar de manera definitiva e integral la portabilidad, a fin de garantizar esta facultad tanto para usuarios de telefonía móvil como para los de telefonía fija.

### **PORTABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: EL CASO DE BRASIL**

Como adelantáramos en otro apartado, en Brasil, las experiencias relacionadas en torno a la portabilidad se extienden a un sinfín de vínculos jurídicos dentro del marco de las relaciones de consumo, como por ejemplo, la portabilidad de la “carencia” en los planes de salud<sup>33</sup>, la portabilidad de la cuenta sueldo, la portabilidad del crédito<sup>34</sup>, entre otras.

Específicamente para el caso de los trabajadores, el Banco Central de Brasil (BC) implementó la denominada “portabilidade do salário”<sup>35</sup> (portabilidad del salario) por medio de las Resoluciones 2025/93, 3211/04 y 3.402/2006. De esta manera, la principal entidad financiera estatal de Brasil abrió paso a la posibilidad de que todos los trabajadores titulares de cuentas bancarias destinadas al pago de salarios, -cuentas conocidas en nuestro país bajo la locución coloquial “cuenta sueldo” y en Brasil como “conta salário” -, pudieran cambiar de banco a su libre elección.

Inicialmente esta facultad fue garantizada para los trabajadores del sector privado en 2009, y recientemente, en enero de 2012, se extendió a todos los trabajadores públicos federales, estatales, distritales y municipales del país vecino.

---

<sup>33</sup> *Portabilidad de carencias*: es el derecho que permite a los usuarios cambiar de plan de salud, dentro de una misma empresa o con una empresa diferente, sin tener que cumplir nuevos periodos de carencia o de cobertura parcial temporaria exigibles y que ya fueran cumplidos en el plan de origen. Fuente: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br). Accedido el: 25/10/12

<sup>34</sup> La *portabilidad crediticia* permite que los clientes puedan transferir un préstamo de un banco a otro que ofrece mejores condiciones de pago.

<sup>35</sup> Está *movilidad salarial* nació como parte integrante de un paquete de políticas elaboradas por el Banco Central de Brasil a fin de estimular la competencia entre los bancos. Lo que se porta es el salario. La nueva cuenta a la que se transfieren los fondos no posee las garantías de toda cuenta sueldo (gratuidad), ni recibe el mismo nombre. Actualmente las empresas equiparan los beneficios de las nuevas cuentas con los propios de la cuenta sueldo.

El procedimiento para ejercer este derecho es sencillo, rápido, y sin costos para el usuario. En el caso de los empleados del sector público, el Ente Público continúa depositando el salario en el banco que actúa como agente pagador, y la cuenta sueldo se mantiene vigente, lo que cambia es que ahora los trabajadores pueden solicitar el reenvío de los fondos al banco que deseen, a través del relleno de un formulario de una carilla.

Luego de haber completado el formulario, pasa a ser responsabilidad del agente pagador cumplir con las obligaciones que la portabilidad le impone: el banco no puede demorar más de 5 días hábiles para aceptar el cambio, mensualmente los recursos deben ser transferidos -hacia la nueva entidad elegida por el usuario- en el mismo día en que la agencia recibe el depósito del Estado, la remesa de los valores debe efectivizarse con la rapidez necesaria para que el proceso se concluya antes de las 12hs del día de transferencia (Circular N° 3336 BC), el procedimiento no debe tener costos para el usuario. Aclarando que, por un lado, este derecho se aplica también a los jubilados y pensionados estatales, y por otro, que para el caso de que el cliente tenga contratado un préstamo con el agente pagador originario, el dinero será transferido previo descuento del valor de la cuota correspondiente al crédito salvo, por supuesto, que hubiere optado por la portabilidad crediticia.

La Fundación de Protección y Defensa del Consumidor (PROCON) sede Rio de Janeiro, informa en su sitio web que, todavía no fueron registrados reclamos en relación a la portabilidad bancaria, y que eso demuestra que pocos saben de ese derecho<sup>36</sup>. En este sentido, la falta de información no es el único obstáculo, sino que también entran en juego el comodismo de los clientes, la burocracia, y las políticas de retención de clientes<sup>37</sup>.

Si bien en la actualidad la portabilidad está regulada por Resoluciones del Banco Central, existen proyectos legislativos que procuran amparar en la ley esos derechos establecidos en el ámbito reglamentario. Por estos meses, la Cámara de Diputados se encuentra tratando el proyecto 3745/12 del Diputado Paulo Rubem Santiago (PDT-PE).

Por otro lado, la portabilidad crediticia o “de deuda”, garantizada también en Brasil, aparece como una novedosa herramienta para los usuarios financieros a fin de reducir el endeudamiento. Ello así

---

<sup>36</sup> <http://www.procon.rj.gov.br/> accedido el: 19/10/12

<sup>37</sup> [www.emprestimoconsignado.co](http://www.emprestimoconsignado.co) accedido el: 20/10/12

atento a que, dada la posibilidad de (re) negociar los créditos se produce una disputa entre los bancos que, por atraer nuevos clientes, acaban reduciendo las tasas de intereses o consiguiendo financiamientos a largo plazo. Actualmente las tasas han tenido recortas de hasta el 88%. La agencia “Caixa Econômica” anunció el programa “Caixa Melhor Crédito” (Caja Mejor Crédito) para atraer 2 millones de nuevos clientes a través de la reducción de las tasas de interés<sup>38</sup>.

La principal crítica a este tipo de portabilidad financiera promueve que este tipo de herramientas estilo al consumo y al endeudamiento, porque el consumidor continua gastando más de lo que tiene condiciones de pagar, entendiéndose que, cambiar de banco no resuelve el problema<sup>39</sup>.

Los beneficios de ambas portabilidades, -la crediticia y la salarial-, son varios. El punto en común entre todos ellos, se da en el hecho de todos son consecuencia directa de la competencia que se genera en el mercado al aparecer la figura de la portabilidad. Si bien esta movilidad se legisla en pos del usuario/consumidor, acaba impactando de manera inmediata en los mercados, y cuando todas las agencias financieras están “conscientes” de la existencia de usuarios “libres” a quienes pueden “captar”, la estrategia principal para ello, es mejorar las condiciones contractuales.

En ese proceso el usuario gana siempre, principalmente en el mejoramiento de las condiciones de atención al cliente. Asimismo, otra ventaja trascendental se da en el ámbito del crédito consignado, aquel cuya cuota se debita del sueldo. Sin la portabilidad, el empleado público que quiere sacar un crédito está obligado a negociar con el agente pagador sin posibilidad de discutir las tasas, versión literal del “tómelo o déjelo”. Si no está afín de ello, y contrata con otro banco que posee mejores tasas, debe extraer el importe de la cuota de un banco para luego depositarlo en otro, con todos los riesgos que ello implica.

Con la portabilidad se puede acceder a créditos con tasas de interés muy bajas, portando el salario al banco con el que se desea contratar aquel préstamo. También se pueden adquirir productos a precios bajos e incluso sin costos, por ejemplo, el Santander (Brasil) ofrece a los clientes que movilicen sus sueldos a la entidad, acceder a tarjetas de crédito sin costos de renovación o con tasas de compra

---

<sup>38</sup> [www.180graus.com](http://www.180graus.com) accedido el 10/10/12

<sup>39</sup> Ídem.

reducidas (*Cartão Santander Free*). Todo lo antedicho, sumado al mejoramiento de las condiciones de atención al cliente.

## **ARGENTINA Y LA PORTABILIDAD BANCARIA**

A nivel nacional, nuestro país camina en dirección contraria a la portabilidad bancaria. Desde el Gobierno Nacional, y a través del “*Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*” (Decreto 1023/2001, y Decreto Reglamentario 893/2012), se promueve una práctica que tiende a favorecer las contrataciones empresas estatales sin tomar en consideración los perjuicios que pueden derivarse para los consumidores.

Recientemente, y en el marco de los decretos citados ut-supra, la Jefatura de Gabinete transfirió al Banco de la Nación Argentina (BNA), por medio del Dcto. 1187/12, la potestad de atender el pago de haberes, honorarios, ajustes, compensaciones y demás remuneraciones reemplazan, ante lo cual, la entidad absorberá 350.000 cuentas sueldos estatales, lo que equivale a una masa salarial superior a los 2000 millones de pesos. Antes de la implementación del programa de ordenamiento de contrataciones, los bancos privados participaban de licitaciones que abrían los distintos entes para contratar el servicio, ahora, los contratos entre las distintas entidades de la administración pública y el BNA se realizan de manera directa, con traspasos graduales a medida que venzan las licitaciones en curso<sup>40</sup>.

A nivel provincial y municipal, se mantiene el sistema de licitaciones para la contratación del agente pagador, con las desventajas que ello genera. Especialmente las situaciones abusivas descriptas en apartados anteriores.

No se debe perder de vista la discriminación que recae sobre los empleados públicos toda vez que los empleados del sector privado, en virtud del art. 124 de la ley 20.744, el Dcto. 847/97 y las Resoluciones 644/97, 790/99 360/2001 del Ministerio de Trabajo tienen expresamente garantizado el derecho a elegir el banco por intermedio del cual desean cobrar, sin costos, sin tramites excesivos.

## **CONCLUSIONES**

---

<sup>40</sup> [www.pagina12.com.ar](http://www.pagina12.com.ar) accedido el: 13/10/12

En el marco del principio N° 5 de la Declaración de Sofía<sup>41</sup>, de la International Law Association, es casi una obligación de las ONG intervenir en el proceso de construcción legislativa aportando, nuevas perspectivas y herramientas legales que pongan énfasis en la protección de los usuarios y consumidores, eliminando barreras, consolidando derechos, estableciendo nuevas garantías y demás elementos para reforzar el ejercicio de los derechos ya legislados.

Esta protección, debe poner foco en el sujeto pasivo del Derecho del Consumo (usuario/consumidor) como eje central, en aras a alcanzar, por un lado, atenuar o erradicar las consecuencias negativas que se derivan de su posición contractual débil, y por otro, desenterrar prácticas comerciales abusivas como la dinámica del “tómelo o déjelo” a sabiendas de que el usuario no tiene otra opción, o que inclinarse por otra opción puede llevarlo a asumir costos exacerbados, como el caso de los usuarios que retiran el dinero del agente pagador para depositarlo en el banco de su confianza.

En la actualidad, existen en nuestro país numerosas barreras, tanto para consolidar la competencia real entre empresas en el mercado, como así también para el ejercicio efectivo de la libertad de elección entre oferentes por parte de los usuarios y consumidores. Ante esto, las garantías constitucionales aparecen como irrealizables en la práctica cotidiana, y acaban convirtiéndose en meros postulados deseables pero insuficientes, situación que deja entrever la necesidad -no cubierta actualmente- de reforzar dichas garantías con instrumentos legales que aseguren su aplicabilidad y eficacia.

La regulación y el ejercicio efectivo de la competencia en los mercados acaban trayendo ventajas a todos los usuarios y consumidores, sea en la calidad de los productos y servicios, en los precios, en la atención, y en general, en todas las condiciones de contratación y prestación. No obstante ello, como Lorenzetti manifiesta, los beneficios que trae aparejada la competencia no excluyen la necesidad de intervenir, lo que a mi entender significa legislar herramientas eficaces.

---

<sup>41</sup> Con el nombre de “Declaración de Sofía” se conoce a la declaración emanada de la 75ª reunión de la International Law Association, en Sofía – Bulgaria en agosto de 2012, sobre el desenvolvimiento de principios internacionales en protección del consumidor. En la misma, se acordó que la protección del consumidor se debe guiar por 5 principios generales: el principio de la vulnerabilidad, de la protección más favorable al consumidor, de la justicia contractual, del crédito responsable, de la participación de los grupos y asociaciones de consumidores.

Nada puede tener más impacto sobre el mercado, que el hecho de que los oferentes sepan conscientemente que los consumidores son “libres”, es decir, que pueden cambiar de proveedor si el servicio, producto, precio o la atención no les conviene, y que asimismo, este procedimiento puede hacerse sin dilaciones, sin costos, y por medio un trámite sencillo, tal como sucede con la conocida “*portabilidad numérica*”. Hoy en día, podemos observar las campañas desplegadas por las principales empresas de telecomunicaciones móviles en Argentina, (Movistar, Claro, Personal) para intentar atraer nuevos clientes, ofreciendo productos y servicios impensados, y a precios que difícilmente podríamos conseguir de no existir la portabilidad.

Así las cosas, sería conveniente extrapolar los sistemas de “*portabilidad salarial*” y “*portabilidad crediticia*” existentes en Brasil, tomándolos como marco normativo para la elaboración, de leyes nacionales que regulen el ejercicio de la portabilidad ceñida a cada ámbito de actuación específico, es decir, a los salarios por un lado y a los créditos por otro, o bien estableciendo un principio legislativo general, - tal como el principio de interpretación a favor del consumidor-, que establezca que *todos los usuarios y consumidores argentinos pueden, en ejercicio de la libertad de elección, portar sin restricciones los bienes sobre los cuales recae un servicio contratado* (el número telefónico, el salario, el dinero obtenido por un crédito, etc.).

Se propone así, la creación de una ley o de principio legal específico, por entender que la ley provee un grado de seguridad y alcance mayor que la legislación reglamentaria.

En resumidas cuentas, se trata de elaborar una estrategia pro consumidor que permita alcanzar un ejercicio pleno de la libertad de elegir dispuesta por la Constitución Nacional en el art. 42, tomando en consideración la vulnerabilidad técnica y material de los clientes financieros, quienes frente a disfuncionalidades de un mercado cautivo ven frustrado el ejercicio de dicha libertad, situación que entraña, sin mayores dilaciones, la necesidad de positivizar garantías de que sirvan de “refuerzo” a las existentes, tal y como podría servir la portabilidad.

## III JORNADAS RIOPLATENSES Y I INTERNACIONALES

### DE DERECHO DEL CONSUMO

**Ponente: Sergio Sebastián Barocelli\* y Esteban Javier Arias Cáu\*\***

#### **Principios del Derecho del Consumidor y pagarés de consumo.**

**Ponencias:**

**De lege lata:**

- 1) El Derecho del Consumidor, como nueva disciplina del campo jurídico, ha venido a poner en crisis los paradigmas tradicionales del Derecho.
- 2) Frente a pluralidad de ordenamientos normativos a una misma relación jurídica, emerge la noción de relación de consumo y los principios del Derecho del Consumidor como respuesta razonable con fundamento constitucional.
- 3) La utilización de pagarés en el marco de relaciones de consumo constituye una cláusula abusiva por desnaturalizar las obligaciones y, en determinados supuestos, una práctica abusiva que vulnera el principio de buena fe.
- 4) Frente a la ejecución de pagarés de consumo por el proveedor o un sujeto perteneciente a su mismo grupo económico que el beneficiario del pagaré; o que existe una cooperación

---

\* Profesor Adjunto de Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires, Av. Figueroa Alcorta 2263, (C1425CKB) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sbarocelli@derecho.uba.ar

\*\* Profesor Adjunto Derecho Civil III - Universidad Católica de Salta (Delegación Jujuy) - ariascau@yahoo.com.ar

económica planificada, el consumidor podrá ejercer todas las defensas causales o la invocación de las normas protectorias del Derecho del Consumidor.

**De lege ferenda:**

- 5) Resulta necesario el dictado de normas específicas de protección al consumidor financiero y de crédito al consumo, en especial en puntos referidos a la utilización de títulos de crédito en las relaciones de consumo como en cuestiones vinculadas a la prevención y tratamiento del consumidor sobreendeudado.
- 6) La legislación especial de protección al consumidor financiero y de crédito al consumo debe establecer la prohibición la utilización de títulos cambiarios en las relaciones de consumo o posibilitar al consumidor la oposición de defensas contra el tenedor basadas en las relaciones con el proveedor de los bienes o servicios.

**FUNDAMENTOS.**

**I. De la naturaleza del Derecho del Consumidor.**

El advenimiento del Derecho del Consumidor ha puesto en crisis numerosos paradigmas tradicionales: en la teoría general del contrato, en el derecho de daños, en el derecho procesal, en el derecho de los servicios públicos, en el derecho público, entre otros. Por tal razón, muchas de las instituciones clásicas en la materia han sido y deben ser repensadas a la luz de las transformaciones operadas tanto en el plano normativo como en el plano sociológico y axiológico.

Como bien ilustra el jurista brasileño Benjamín<sup>42</sup>, siguiendo a Baudillard, el Derecho del Consumidor es *“la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo”*<sup>43</sup>. Dicha

---

<sup>42</sup> Benjamín, Antonio H., *“El derecho del consumidor”*, JA, 1993-II-913.

sociedad de consumo, en la que estamos inmersos, se caracteriza, entre otros aspectos, por una creciente, estandarizada y masificada producción de bienes y servicios dirigida a los consumidores, contextualizada por abundantes y agresivas campañas publicitarias, prácticas comerciales y estrategias de financiación. En ese contexto, los consumidores se encuentran en una marcada situación de debilidad y vulnerabilidad estructural frente a los proveedores de dichos bienes y servicios. Por consiguiente, dicha asimetría en el plano sociológico y bajo el imperio axiológico de la justicia, la equidad y la buena fe, justifica que emerja este nuevo campo del conocimiento jurídico con finalidad esencialmente protectoria de la parte más débil de la relación de consumo: los consumidores.

En este marco se inscribe los derechos de los consumidores como una especie del género “derechos humanos de tercera generación”, un microsistema para algunos o nuevo campo de la disciplina jurídica, con principios propios, inclusive derogatorios del derecho privado tradicional, con carácter de orden público y de interés social.

---

<sup>43</sup> El sociólogo polaco Bauman explica que cuando decimos que la nuestra es una sociedad de consumo debemos considerar algo más que el hecho trivial, común y poco diferenciador de que todos consumimos. La nuestra es “una comunidad de consumidores” en el mismo sentido en que la sociedad de nuestros abuelos merecía el nombre de “sociedad de productores”. En esta segunda modernidad, o posmodernidad, la sociedad humana impone a sus miembros principalmente la obligación de ser consumidores. La forma en que esta sociedad moldea a sus integrantes, está regida, ante todo y en primer lugar, por la necesidad de desempeñar ese papel; la norma que les impone, la de tener capacidad y voluntad de consumir. La diferencia reside en el énfasis que se ponga en cada sociedad; ese cambio de énfasis marca una enorme diferencia casi en todos los aspectos de esa sociedad, en su cultura y en el destino individual de cada uno de sus miembros. Las diferencias

son tan profundas y universales, que justifican plenamente hablar de la sociedad actual como de una comunidad totalmente diferente de la anterior: una sociedad de consumo. (Conf. Bauman, Zygmunt, “*Trabajo, consumismo y nuevos pobres*”, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 44.).

En este punto, entendemos que las normas del Derecho del Consumidor revisten el carácter de "normas principiológicas". Como señala Gomes Sodré en el derecho brasileño que *“el Código de Defensa del Consumidor tendrá una aplicación horizontal, para usar la expresión de Guido Alpa, a las más diversas relaciones jurídicas que involucran a proveedores y consumidores. Aunque esas relaciones tengan leyes propias y sean de la misma jerarquía de la ley de defensa del consumidor. No se aplica en este caso la idea de que la ley especial deroga a la ley especial, toda vez que el Código de Defensa del Consumidor no es una ley general, sino una ley principiológica (...) Todas las demás las demás leyes que se destinaren, de forma específica, a regular determinado sector de las relaciones de consumo deberán someterse a los preceptos generales de la ley principiológica, que es el Código de Defensa del Consumidor”*<sup>44</sup>.

Por consiguiente, el nacimiento y consolidación del Derecho del Consumidor ha puesto en crisis a numerosos paradigmas, tanto del Derecho Privado, como del Derecho Público y Procesal que en la cosmovisión clásica de nuestra disciplina se tenían como “dogmas incuestionables”.

Dentro de los principios del Derecho del Consumidor, podemos enunciar: a) *principio protectorio*, fundamental en la materia, con fundamento el artículo 42 de la Constitucional (CN) y el artículo 1 de la LDC, que para su aplicación se puede expresar en dos formas: 1) regla *in dubio pro consumidor*; tanto para la interpretación de las normas (artículo 3 de la LDC) como de las relaciones de consumo (art. 37 de la LDC), 2) regla de la norma más favorable (art. 3 de la LDC) ; b) *principio de irrenunciabilidad de los derechos*, basado en el carácter de orden público del Derecho del Consumidor (artículo 65 de la LDC); c) *principio de buena fe* (artículo 37 de la LDC); d) *principio de equidad*; e) *principio*

---

<sup>44</sup> GOMES SODRÉ, Marcelo, “A Construção do Directo do Consumidor”, San Pablo, Atlas, 2009, p. 65 y ss.

*de no discriminación (art. 16 CN y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y artículo 8 bis de la LDC), f) principio de realidad; g) principio de solidaridad (artículos 2 y 40 de la LDC) y h) principio de sustentabilidad (artículo 41 de la CN y 43 inciso a)*

El artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), en su segundo y tercer párrafo, establece que *“las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.”*

Por tal razón, las normas del Derecho del Consumidor irradian su contenido a todas las relaciones de consumo y, por consiguiente, a todo el ordenamiento jurídico que le resultan aplicables, de manera transversal. Por tanto, de configurarse una relación de consumo<sup>45</sup> resultará imperativa la aplicación de las normas del Derecho del Consumidor, con independencia del tipo de vínculo, de la forma en que se encuentre plasmada o demás circunstancias del caso.

---

<sup>45</sup> Cabe recordar que la relación de consumo es, conforme el artículo 3 de la LDC, el “vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor”, siendo consumidores, conforme el artículo 1 de la LDC, *“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. (...) Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”* y proveedores, conforme el artículo 2 de la LDC, *“la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”*.

Deberá, por tanto, propugnarse un verdadero “diálogo de fuentes” entre el Derecho del Consumidor y el resto del ordenamiento jurídico. Así, en caso de que resulten aplicables diversas normas, que propongan a su vez diversas respuestas para una misma controversia, resultará de aplicación la norma más favorable al consumidor, conforme el mandato de la regla *in dubio pro consumidor*. Sobre este punto ha dicho Frustagli *“el legislador, previendo la posible colisión normativa que supone la existencia de respuestas jurídicas diversas para un supuesto de hecho determinado, se pronuncia por la aplicación preferente de la norma más tuitiva de los derechos del consumidor o usuario”*<sup>46</sup>

## II. De las regulaciones del artículo 36 de la LDC.

Una característica de la sociedad de consumo, de la que ya hemos hecho referencia, es la masificación del acceso al crédito. Ello encuentra su fundamento en que lo que hará de definir la ubicación de un individuo en la pirámide social no será cuánto tiene sino cuánto gasta.<sup>47</sup> Por tal razón, la “instigación” al consumo como condicionamiento de integración social hará que forzar a los consumidores a endeudarse cada vez más. Consumo y crédito se encuentran íntimamente vinculados y encuentran muchas veces su fundamento uno en el otro.

Por tal razón, las cuestiones vinculadas a la financiación de las operaciones de consumo constituyen un capítulo desatacado de las regulaciones protectorias del consumidor en la legislación comparada, tanto en temas referido a los deberes a cumplimentar por quienes financien operaciones de consumo, en temas tan diversos y complejos como la información, requisitos, modalidades de implementación, intereses o prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores.

---

<sup>46</sup> FRUSTAGLI, Sandra A., *“Pluralismo jurídico: su incidencia sobre los usuarios de servicios públicos domiciliarios”*,

<sup>47</sup> DEL PERCIO, Enrique, *La condición social*. Editorial Altamira. Buenos Aires, 2006.

En el derecho argentino, no obstante, dicho apartado se encuentra en un estado embrionario. El capítulo VIII de la LDC, con su único artículo 36, modificado por la Ley N° 26.361, es la única de las previsiones normativas en la materia. A esta cuestión podemos agregarle, en la normativa especial dictada por el Congreso Nacional, la Ley N° 25.065 de Tarjeta de Crédito.

Ha puntualizado correctamente la doctrina que el capítulo VIII ha sido incorrectamente titulado bajo el nombre “De las operaciones de venta de crédito”, cuando debió establecerse “De las operaciones a crédito”<sup>48</sup>.

Dicho artículo 36, que tiene su fundamento constitucional en los derechos de los consumidores a la información y a la protección de sus intereses económicos, reconocidos en el artículo 42 de nuestra Ley Fundamental Federal, establece diversas previsiones en la materia, las que analizaremos a continuación.

*a) Ámbito de aplicación.*

En primer término es oportuno tener presente que para resultar aplicable la presente disposición debemos estar en presencia de una relación de consumo, esto es, el vínculo jurídico entre consumidor y proveedor.

En particular, el artículo 36 dispone su aplicación a: a) operaciones financieras para consumo; b) las de crédito para el consumo.

---

<sup>48</sup> FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Bs. As., Astrea, 2.008, 4º edición, p. 381.

Dentro de la noción de “operaciones financieras de consumo” encuadrar a todas las operaciones, tanto activas, pasivas como neutras<sup>49</sup>, realizadas por entidades financieras comprendidas por la Ley N° 21.526 y otras entidades asimilables (cooperativas, mutuales, asociaciones sindicales)

En cuanto a la noción de “crédito al consumo”, quedarán comprendidas las operaciones que financien total o parcialmente la adquisición o utilización de bienes y/o servicios para consumo privado (es decir, personal, familiar o social), cualquiera sea su forma, modalidad, tipo contractual o de otra especie, otorgado directamente por el proveedor del bien y/o servicio o por un tercero, vinculado o no con el proveedor.

Quedan incluidas por consiguiente:

- a) Operaciones de financiación del propio proveedor, como ser compraventa a plazos, cuenta corriente mercantil, tarjetas de compra, leasing, préstamos personales o con garantía hipotecaria o prendaria, etc.
- b) Operaciones de financiación realizadas por una entidad financiera o asimilable –cooperativas, mutuales, asociaciones sindicales –con la finalidad de financiar una relación de consumo principal, vinculada o no con el proveedor. Se encuadran aquí préstamos personales o con garantía hipotecaria o prendaria, tarjetas de crédito, leasing, etc.

---

<sup>49</sup> Operaciones activas son aquellas mediante las cuales las entidades financieras conceden a sus clientes sumas dinerarias o disponibilidad para obtenerlas. Los contratos u operaciones activas fundamentales son el préstamo, la apertura de crédito (en sus diversas formas) y el descuento bancario.

Las operaciones pasivas son aquellas mediante las cuales las entidades financieras reciben medios y disponibilidades monetarias y financieras para aplicarlas a sus fines propios. Los contratos y operaciones pasivas fundamentales son los depósitos a la vista (cuenta corriente bancaria, caja de ahorros, cuenta única universal y “cuentas sueldo”) y el redescuento bancario.

Operaciones neutras son aquellas mediante las cuales las entidades financieras prestan determinados servicios a sus clientes, que no suponen ni la obtención ni la concesión de crédito. Son operaciones neutras el servicio de caja de seguridad, el aval bancario, fideicomisos o giros o transferencias.

Para ampliar sobre el punto, ver: BONFANTI, Mario, *Contratos bancarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

En las operaciones de crédito al consumo resulta usual la imposición al consumidor de suscripción de títulos de crédito vinculados a dicha operación (generalmente pagarés o cheques). Analizaremos *infra* la cuestión en particular.

b) *Deber de información.*

En primer término, el artículo 36 de la LDC establece un deber calificado de información para los proveedores que brinden por sí o a través de terceros financiación para la adquisición o utilización de bienes o servicios para consumo privado como los proveedores de servicios financieros.

Se trata de un derecho de los consumidores, justificado en la situación de asimetría en la que se ven situados en la relación de consumo. Si bien el deber de información juega un papel destacado la llamada “etapa precontractual”, el mismo se encuentra presente en toda la relación de consumo.

En este sentido se establece que los proveedores deberán consignar de modo claro al consumidor, bajo pena de nulidad:

- a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios.
- b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios.
- c) El importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado.
- d) La tasa de interés efectiva anual.
- e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total.

f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses.

g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar.

h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Ante incumplimiento de esta previsión, esto es, cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. En iguales términos que el artículo 37 de la LDC, se establece que los jueces tendrán el deber de integración contractual ante supuestos de nulidades parciales simultáneamente integrará el contrato, cuando ello fuera necesario.

En el supuesto específico de la omisión de información sobre la tasa de interés efectiva anual, se establece como sanción la aplicación de la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

Dicho deber de información deberá conjugarse con las previsiones del artículo 42 de la Constitución Nacional, el artículo 4 de la LDC y las previsiones constitucionales locales, en cuanto establecen que la información deberá ser adecuada, veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, comprensible, transparente y oportuna.

#### *c) Conexidad contractual*

En el cuarto párrafo del artículo 36 se prevé expresamente un supuesto de conexidad contractual entre la relación de consumo principal y la operación de crédito al consumo. En este sentido, puede sostenerse, siguiendo el criterio de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que *“habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica*

*supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio".<sup>50</sup>*

Se establece en dicho apartado del artículo que la eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado. Resulta usual que para la adquisición de inmuebles, automotores y otros bienes durables se establezca que la operación quede efectiva *ad referendum* de la aprobación del crédito.

Este apartado resulta de especial aplicación para supuestos de adquisición de inmuebles, automotores u otros bienes durables.

d) *Deberes del Banco Central.*

El artículo bajo análisis establece también en cabeza del Banco Central de la República Argentina el ejercicio del poder de policía en la materia:

Por consiguiente dicho organismo deberá dictar las regulaciones pertinentes y fiscalizar y controlar que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan con las disposiciones de la LDC.

e) *Prohibición de la prórroga de la jurisdicción.*

---

<sup>50</sup> Comisión 3 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Santa Fe, del 23 a 25 de septiembre de 1999, en [http://www.garridocordobera.com.ar/pagina\\_nueva\\_110.htm](http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_110.htm)

Se establece, por último, que la jurisdicción correspondiente al domicilio real del consumidor será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos referidos a operaciones financieras para consumo y de crédito al consumo. Se dispone también que será nulo cualquier pacto en contrario.

Por consiguiente, toda estipulación que disponga la prórroga a una jurisdicción diferente a la del domicilio del consumidor podrá reputarse como una cláusula abusiva en los términos del artículo 37 de la LDC, teniéndosela por tanto, para el consumidor, como no convenida.

### **III. Hacia una teoría de los “pagarés de consumo”.**

En muchas operaciones de crédito al consumo los proveedores utilizan de manera conexa títulos de créditos, generalmente pagarés.

El título de crédito, recordemos siguiendo a Vivante, es un "*documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo*"<sup>51</sup>. Se suele sostener que sus principales son:

- a) *Necesidad*: Es imprescindible que aquél que pretenda ejercer el derecho contenido en el título de crédito, tenga el mismo en su poder;
- b) *Literalidad*: El derecho representado en un título de crédito es de carácter literal en razón de que su existencia, cuantía y exigibilidad se rige exclusivamente por el tenor escrito en el documento. El acreedor solamente puede exigir lo expresado en el título, nada más.

---

<sup>51</sup> VIVANTE, César – “*Tratado de Derecho Mercantil*”, Ed. Reus, Madrid 1936, Vol 3, págs. 135/136.

c) *Autonomía*: El titular del título de crédito lo adquiere en forma originaria, o sea que la adquisición del derecho no deriva del *tradens*, sino que nace, *ex novo*, en la cabeza del accipiens, en oportunidad de recibir el título, mediante la tradición.

d) *Abstracción*: El título crédito se encuentra desvinculado de la causa (negocio jurídico) que le dio origen.

Desde una perspectiva clásica, por consiguiente, ante la prórroga a una jurisdicción diferente al domicilio del consumidor, este no podría oponer ninguna defensa en el juicio ejecutivo al respecto en virtud del principio de abstracción cambiaria antes referido.

El Derecho del Consumidor, no obstante, viene a poner en crisis estos paradigmas clásicos y bajo al luz de sus principios redefine los términos de las relaciones jurídicas.

Esta problemática no es exclusiva de la realidad argentina. Las soluciones en el derecho comparado, conforme reseña Quiroga<sup>52</sup>, pasan por: a) prohibir la utilización de títulos cambiarios en las relaciones de crédito al consumo (Alemania y Francia); b) permitir su empleo con la indicación inequívoca de su origen (letra o pagaré de consumo), de modo que el tenedor esté anoticiado de las características del título que recibe, que posibilitará al firmante oponer las excepciones o defensas que hubiere tenido respecto del proveedor por la relación jurídica que origina la emisión del cambial (Estados Unidos), y c) posibilitar al consumidor la oposición de defensas contra el tenedor basadas en las relaciones con el proveedor de los bienes o servicios (España).

---

<sup>52</sup> Conf. QUIROGA, Marcelo, “Los títulos de crédito frente a los derechos del consumidor y el juicio ejecutivo (a propósito de la Ley N° 26.361)”, en ARIZA, Ariel (coordinador), “La reforma del régimen de defensa del consumidor por Ley 26.361”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, p. 113.

En este sentido, hecha luz, primeramente, el principio de realidad. Dicho principio, que tiene su origen en el Derecho del Trabajo, hace prevalecer, en caso discordancia, lo fáctico, es decir, lo que realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera<sup>53</sup>. En el caso de los pagarés de consumo, hace aflorar la relación de consumo que le subyace.

Como bien ha remarcado recientemente la jurisprudencia “en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la “abstracción cambiaria” tiene exclusivo fundamento en el derecho común” (art. 212 del Código de Comercio) por lo que “no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la Constitución misma”<sup>54</sup>.

En segundo término, resulta de aplicación los principios protectorio y de irrenunciabilidad de los derechos. Por tanto, el principio "abstracción cambiaria" cede ante normas como el 42 de la CN y la LDC, en el caso, la previsión del artículo 36 de la prohibición de la prórroga de la jurisdicción.

Por otra parte, no puede dejar de tenerse presente que los títulos de crédito nacieron como instrumentos que eran utilizados entre comerciantes, por lo que su aplicación a las relaciones entre proveedores y consumidores no deja de constituir una desnaturalización de dicha institución. Por consiguiente, no resulta absurdo sostener que su utilización masificada, en algunos casos rayana con el abuso de derecho o el fraude a la ley, constituye una práctica abusiva de los proveedores que

---

<sup>53</sup> Conf. FERREIRÓS, Estela Milagros, “*Principio de primacía de la realidad*”, en Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), en [http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio\\_De\\_Primacia\\_De\\_La\\_Re/principio\\_de\\_primacia\\_de\\_la\\_re.html](http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio_De_Primacia_De_La_Re/principio_de_primacia_de_la_re.html)

<sup>54</sup> el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy 29 de noviembre de 2011, “Conflicto negativo de competencia en el Expte. A-49.473/11 “Ejecutivo: Corsa SA c. Artero, Javier Fernando”, Diario Judicial <http://www.diariojudicial.com/fuerosuperiortribunalprovincial/La-abstraccion-cambiaria-no-puede-alcanzar-a-los-consumidores-20120120-0003.html>

vulnera el principio de buena fe y una cláusula abusiva en los términos del artículo 37, inciso a de la LDC, por desnaturalizar la utilización del pagaré y las obligaciones de las partes.

En este entendimiento las circunstancias que podrían justificar la admisión de las defensas causales o la invocación de las normas protectoras consistirán, esencialmente, en que: a) el título sea librado como consecuencia de una relación de consumo; b) que se encuentren en ese proceso –frente a frente –el proveedor de los bienes o servicios y el consumidor o bien en el caso que el financista sea un tercero (que recibió el título por endoso o directamente como beneficiario del libramiento del consumidor), exista entre éste y el proveedor una vinculación comercial fácilmente comprobable; c) que el planteo del consumidor no aparezca como un mero intento por alongar el pago de lo que es debido, es decir: un planteo serio y d) que los extremos fácticos en que se asienta la defensa del consumidor resulten fácilmente comprobables aun en el marco del proceso ejecutivo<sup>55</sup>. En este mismo entendimiento, afirma Paolantonio, que podrá ponerse excepción de tráfico en el juicio ejecutivo cuando el tercero: *“(i) pertenece al mismo grupo económico que el beneficiario del pagaré; o (ii) existe una cooperación económica planificada, mediante la utilización de líneas de crédito o descuento especiales, o condiciones de venta impuestas por el financista.”*<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Conf. QUIROGA, Marcelo, “Los títulos de crédito frente a los derechos del consumidor y el juicio ejecutivo (a propósito de la Ley N° 26.361)”, en ARIZA, Ariel (coordinador), “La reforma del régimen de defensa del consumidor por Ley 26.361”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, p. 114 y ss.

<sup>56</sup> PAOLANTONIO, Martín, “Abstracción cambiaria, juicio ejecutivo y derecho del consumidor”, LA LEY 03/08/2011

**TEMA:** Situación actual del Derecho del Consumo en Argentina y América Latina

**SUBTEMA:** La problemática del consumidor sobreendeudado argentino, un trabajo de campo en las ciudades de Santa Fe y Paraná.

**AUTORES:**

**BIANCHI, Lorena;** 09/04/1983; Abogada; Profesora de Derecho Civil III y Derecho del Consumidor (FCJS|UNL); Enrique Acebal 597 de la ciudad de Paraná, CP: 3100, Provincia de Entre Ríos; 0343-4270192; [lbianchi@fcjs.unl.edu.ar](mailto:lbianchi@fcjs.unl.edu.ar)

**CLEMENT, María Florencia;** 12/03/89; Estudiante de Derecho y Cientibecaria FCJS|UNL; Defensa 6647 de la Ciudad de Santa Fe; CP 3000; Provincia de Santa Fe; 0342-155114048; [florencia.clement@gmail.com](mailto:florencia.clement@gmail.com)

**DOS SANTOS FREIRE, María Betania;** 12/06/81; Abogada; Profesora de Derecho Civil III (FCJS|UNL); Urquiza 3168 de la Ciudad de Santa Fe, CP: 3000, Provincia de Santa Fe; 0342 – 4533717; [betania\\_ds@hotmail.com](mailto:betania_ds@hotmail.com);

**WEIDMANN, Gabriela;** 20/02/77; Abogada; Profesora de Derecho Comercial III (FCJS|UNL); Monseñor Zaspé 3442 de la Ciudad de Santa Fe, CP: 3000, Provincia de Santa Fe; 0342 – 4584890; [gabysw@yahoo.com](mailto:gabysw@yahoo.com)

## **Resumen**

El sobreendeudamiento de los consumidores es una situación global cuyo principal inconveniente es que las herramientas jurídicas tradicionales no sirven para prevenir y tratar el problema. Se realizó un relevamiento en las jurisdicciones de Santa Fe y Paraná el cual brinda algunas bases fácticas para la elaboración de posibles soluciones, tanto desde el derecho concursal como desde el derecho del consumidor. Consideramos necesario pensar respuestas alternativas al procedimiento concursal desde el derecho del consumidor, impulsando principalmente medidas preventivas, aunque porqué no, de tratamiento al fenómeno. Debería orientarse el deber de información ya existente en la Ley 24.240 hacia un deber de consejo hacia el consumidor por parte del proveedor del crédito y un acentuado deber de información precontractual; también debería utilizarse el régimen de prácticas abusivas, que promueven el trato digno y equitativo al consumidor, como un disparador para exigir un mejoramiento de las prácticas empresariales, promoviendo el otorgamiento de crédito responsable, exigiendo la evaluación de solvencia de los consumidores previo al otorgamiento de la financiación o crédito. Por último el derecho al arrepentimiento del contrato de crédito al consumo, actualmente no aplicable a este supuesto de hecho, podría constituirse también en una herramienta útil a los efectos de la prevención, permitiéndole al consumidor reflexionar durante un plazo razonable y arrepentirse del crédito tomado sin ningún tipo de costo. Las herramientas mencionadas no agotan las posibilidades que nos brinda el microsistema del derecho del consumidor para la prevención del sobreendeudamiento, pero valen para comenzar a repensar las posibles soluciones que nos brinda a la luz de esta actual problemática.

## **Introducción**

La problemática del sobreendeudamiento de los consumidores es un fenómeno social, jurídico y económico que afecta a todos los países del mundo siendo conceptualizado por la Dra. Claudia

Lima Marques como *“la imposibilidad global del deudor persona física, consumidor, lego y de buena fe, de pagar todas sus deudas actuales y futuras de consumo (excluidas las deudas con el Fisco, oriundas de delitos y alimentos)”* (Lima Marques, 2006). Entre las principales causas del sobreendeudamiento encontramos la proliferación del crédito al consumo (Anchával, 2011) otorgado indiscriminadamente a los consumidores sin un análisis previo de su capacidad de reembolso, el desempleo, los divorcios, las enfermedades o daños, el nacimiento de un nuevo hijo, etc. Estas causas están comprendidas en el llamado sobreendeudamiento pasivo, es decir, aquel sobreendeudamiento al que llega el consumidor cuando por circunstancias ajenas a su voluntad, o por un acontecimiento imprevisto, se ve afectada gravemente su capacidad de pago, haciéndole imposible cumplir con sus obligaciones. A su vez, existe otro tipo de sobreendeudamiento, el activo, que es aquél en el que *“el deudor contribuye activamente para colocarse en situación de imposibilidad de pago”* (Leitão Marques, 2000).

El presente trabajo se encuentra enmarcado en el Proyecto de Investigación Cai+d 2009 de la Universidad Nacional del Litoral denominado “Endeudamiento de los Consumidores”, el cual intenta a través de un abordaje interdisciplinario de la problemática, describir el perfil del consumidor sobreendeudado argentino, analizar las diferentes respuestas que se han dado al problema en el derecho comparado y a nivel nacional, proponer herramientas para prevenir el sobreendeudamiento y remediar las crisis patrimoniales de los consumidores, entre otros. En este sentido, las siguientes líneas se constituyen como un avance del principal objetivo del proyecto: la descripción del perfil del consumidor sobreendeudado argentino.

Para lograr el objetivo antes mencionado podrían adoptarse diferentes estrategias: recurrir a grupos de autoayuda y realizar entrevistas,<sup>57</sup> acudir a informes realizados por Organizaciones No Gubernamentales que se ocupen habitualmente del problema,<sup>58</sup> obtener datos a través de formularios que llenan los propios consumidores sobreendeudados en la solicitud de procesos que tienden al tratamiento de la problemática,<sup>59</sup> o relevar los datos de expedientes judiciales en procesos concursales iniciados por los consumidores para superar la problemática.<sup>60</sup>

En Argentina las Organizaciones No Gubernamentales o Asociaciones de Consumidores no ven al sobreendeudamiento como un problema ya que los mismos consumidores no recurren a estas organizaciones del tercer sector para superar su situación de insolvencia global. Asimismo, los bancos y entidades financieras vinculadas al otorgamiento de crédito al consumo, tampoco consideran que el sobreendeudamiento sea un problema para ellos. Entienden que el estado patrimonial o el peligro de insolvencia del consumidor, dado el riesgo de morosidad o el incumplimiento en la devolución de los créditos, está previsto y amortizado en el monto total del mismo, o cubierto con la devolución que hagan otros prestatarios de sus créditos en una misma entidad. Por ello, tampoco se han preocupado por elaborar perfiles del consumidor sobreendeudado.

---

<sup>57</sup> Son conocidos en Brasil los grupos de “Devedores Anônimos” o “Superendividados Anônimos”. Algunos sitios de internet son: <<http://www.devedoresanonimos-sp.com.br/site/index.php>>. Acceso en: 18 abr. 2012; <<http://devedoresanonimos-rio.org/index.html>>. Acceso en: 18 abr. 2012; <<http://deudoresanonimos.com.ar/ayuda-en-deudores-anonimos/>>. Acceso en: 18 abr. 2012.

<sup>58</sup> En este sentido, pero sin ocuparse por el perfil del sujeto sobreendeudado, ver: CAMBACERES, Antonino. *Informe regional sobre los créditos de consumo, contratos y publicidad en bancos de cinco países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Perú y Uruguay: Para el Programa Crédito y Sobreendeudamiento de los Consumidores: Consumers International – Fundación AVINA*. Mar., 2009. p.4. Disponible en: <[http://es.consumersinternational.org/media/296154/informe\\_bancos\\_regional.pdf](http://es.consumersinternational.org/media/296154/informe_bancos_regional.pdf)>. Acceso en: 25 mar. 2012.

<sup>59</sup> LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento Aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ Editora, 2010. p. 309.

<sup>60</sup> Esta alternativa es posible en aquellos países como la Argentina en la cuál existe un proceso de concurso y quiebra al cual pueden acceder las personas físicas para tratar su situación de insolvencia.

Estos obstáculos hicieron que, para poder aproximarnos al perfil del consumidor sobreendeudado argentino, se optara por recurrir al relevamiento de los datos contenidos en los expedientes judiciales de personas físicas que habían iniciado su propio proceso de quiebra, los denominados “pequeños concursos”. Actualmente, esta herramienta del Derecho Concursal, a pesar de ser una vía inadecuada y lenta, es por excelencia la elegida por los consumidores para salir del sobreendeudamiento.

### **Una aproximación al perfil del consumidor sobreendeudado judicializado en las ciudades de Santa Fe y Paraná**

Para obtener los datos que sirvieran a la concreción del objetivo planteado, se procedió a revisar uno por uno los expedientes de quiebras iniciados por personas físicas en los tribunales de las ciudades de Santa Fe y de Paraná. Este trabajo empírico reconoce su antecedente en un relevamiento anterior que realizaron otros miembros del Cai+d en los expedientes de concursos y quiebras de la ciudad de Santa Fe iniciados entre los años 2001- 2006 <sup>61</sup> y que se pretende continuar en esta oportunidad. El relevamiento actual se realizó sobre los expedientes radicados en los Juzgados de 1º Instancia en lo Civil y Comercial del Distrito n° 1 con sede en la ciudad de Santa Fe, que abarca una población de 803.632 habitantes; y de 1º Instancia en el Juzgado de Concursos y Quiebras de la ciudad de Paraná, con una población de 339.930 personas <sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Más información sobre el relevamiento en: DE CÉSARIS, M.C.; DOS SANTOS FREIRE, M.B. y WEIDMANN, G. *Reflexiones sobre el tratamiento legislativo y judicial de los llamados “pequeños concursos”: Situación y sugerencias a partir de un trabajo de campo*. In: VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Rosario: Ed. UNR y UCA, 2006. Libro de ponencias. t. I, p. 249 y ss.

<sup>62</sup> En la provincia de Provincia de Santa Fe, el sondeo de expedientes fue realizado en los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Distrito Nro. 1 con sede en la Ciudad de Santa Fe - Circunscripción judicial Nro. 1. Al momento de realizarse el relevamiento, la competencia territorial del Distrito Nro. 1 abarcaba también la de los actuales Distritos Nro. 18, 19, 20, 21 y 22. Según el último censo oficial realizado en el año 2010, la provincia

De los datos obtenidos pueden extraerse los lineamientos que hacen al perfil del consumidor sobreendeudado argentino judicializado, en relación a: género profesión y/u ocupación de los fallidos, composición del pasivo y del activo y estado actual de los procesos.

A continuación explicaremos el trabajo de campo realizado y los resultados obtenidos del mismo.

En primer lugar se obtuvieron los datos generales sobre la totalidad de procesos existentes entre las fechas 01/02/2006 y 31/12/2010. Santa Fe es la jurisdicción que presenta mayor cantidad de procesos: cuenta con 80.156 procesos, mientras que la jurisdicción de Paraná con 29.046. Delimitando el análisis, en esos 5 años Santa Fe tuvo 3.060 concursos preventivos y quiebras, siendo un 90% quiebras (2.754 casos) y un 10% concursos preventivos (306 casos). Paraná, en mucha menor cuantía, presentó 167 concursos y quiebras en esos cinco años.

En la jurisdicción de Paraná, el relevamiento realizado fue sobre las quiebras iniciadas durante el año 2009 en el Juzgado Civil y Comercial n° 9 de esa ciudad, con competencia exclusiva en concursos y quiebras. El número total de quiebras instruidas en ese año fue de 66. Fueron rechazados 14 pedidos de quiebra por distintas causales: en la mayoría el juez entendió que los

---

de Santa Fe cuenta con 3.194.537 habitantes. Los Juzgados de Primera Instancia analizados, en cuanto a su competencia territorial, abarcan una población de 803.632 personas. Este dato se obtiene de la sumatoria de la población radicada en los Departamentos comprendidos en la jurisdicción de los Distritos Nro. 1 (La Capital), 18 (San Justo), 19 (Las Colonias), 20 (San Javier), 21 (Garay) y 22 (San Jerónimo). En la provincia de Entre Ríos, el relevamiento de expedientes fue realizado en el Distrito de Paraná, capital provincial. El Distrito de Paraná posee 10 Juzgados con competencia Civil y Comercial, y tiene la particularidad de que uno de ellos es un juzgado con competencia especial para "Concursos y Quiebras". Esta provincia es una de las pocas en el país que tiene este tipo de Juzgado con competencia especial. Según el último censo oficial realizado en el año 2010, la provincia de Entre Ríos cuenta con 1.235.944 habitantes. El Juzgado de Primera Instancia analizado en cuanto a su competencia territorial abarca una población de 339.930 personas, ya que ésta es la población radicada en el Departamento Paraná.

deudores recurrían a la justicia como una forma de liberarse de sus deudas de forma irresponsable o con un uso antifuncional del procedimiento concursal. A su vez, de esas 66 quiebras, 9 fueron de personas jurídicas, y 43 de personas físicas, o también conocidas como “pequeñas quiebras”. Es decir, el seguimiento específico fue sobre el 100% de los casos de quiebras de personas físicas aceptadas: 43 quiebras.

En la jurisdicción de Santa Fe, considerando únicamente las 2.754 quiebras en esos 5 años, el 98,62% (2.716 casos) fueron quiebras propias, es decir, a pedido del propio deudor, restando sólo un 1,38% (38 casos) pedidas por los acreedores. De aquellas 2.754 solicitudes de quiebra sólo 0,10% (3 casos) corresponden a personas de existencia ideal, en tanto las quiebras de personas físicas ascienden al 99,90% (2.751 casos). En Santa Fe el seguimiento específico fue realizado sobre las quiebras iniciadas por personas físicas durante el año 2007 en esa jurisdicción: 453 quiebras, siendo relevadas el 24% de ellas (108 casos).

#### **El género de los sobreendeudados.**

En Paraná, al igual que en Santa Fe, la mayor parte de los sobreendeudados son hombres. De los 43 casos relevados en Paraná, el 72% de ellos (31 casos) fueron promovidos por hombres y 28% (12 casos) por mujeres; y de los 108 casos analizados en Santa Fe, en 61% fueron hombres los que lo promovían (66 casos), mientras que en 39% fueron mujeres (42 casos).

#### **La actividad/profesión de los sobreendeudados.**

En Paraná, la investigación realizada arroja como resultado que sobre un total de 43 quiebras, 69,76% de los sobreendeudados eran empleados públicos (30 casos), siendo 33,33% policías (10 casos), 26,66% empleados de la Municipalidad de la Ciudad de Paraná (8 casos), 20% empleados de la Secretaría de Salud de la Provincia de Paraná (6 casos), y 20% empleados de otras dependencias

tales como escuelas, Dirección General de Rentas (6 casos). El 11,62% de los deudores eran empleados privados (5 casos), 4,65% jubilados (2), 4,65% profesionales liberales (2), 2,32% desocupados (1) y sobre 3 casos no se obtuvo información acerca de la profesión del deudor.

Sobre los 108 casos relevados en Santa Fe, en 68% de ellos la ocupación de los sobreendeudados fue empleado público, tanto provinciales como municipales (74 casos), en 14% empleados privados (15 casos), en 14% jubilados (15 casos), 3% trabajadores en la profesión liberal (3 casos) y tan solo 1% desocupados (1 caso).

Teniendo en cuenta los resultados antes mencionados cabe destacar que los empleados públicos provinciales y municipales gozan de estabilidad propia en virtud del artículo 14 de la Constitución Nacional que establece “(...) *protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público (...)*”. Esto significa que una vez que son nombrados como empleados de la administración pública no pueden ser despedidos salvo justa causa. “*Así, el ingreso regular y la estabilidad laboral constituyen la garantía que los acreedores tienen en miras al momento de otorgarle un crédito*” (Junyent Bas, 2010) lo que conlleva que sean el principal objetivo de los prestamistas y bancos. Muchas veces, el mismo empleado al momento de pedir créditos descansa en esos ingresos fijos que es muy difícil que pierda por la estabilidad que tiene, e inclusive autoriza al acreedor a que le descuente la cuota directamente del haber, utilizándolo como una garantía.

### **Las principales deudas de los sobreendeudados.**

En el proceso de quiebra el deudor denuncia quienes son sus acreedores, o bien, en la etapa de verificación ellos mismos se presentan como partes interesadas en el proceso. Es así que en cada expediente hay constancia de quienes son los acreedores. Con esa información pudimos inducir los tipos de deudas que habían contraído los deudores, que posteriormente los habían llevado a solicitar la quiebra.

En Paraná, en el 72,09% de los casos relevados las deudas fueron contraídas con mutuales, financieras y bancos (31 casos: 6 con el Banco de la Nación Argentina, 11 con el Nuevo Banco de Entre Ríos, y 24 divididas entre financieras y mutuales). Entre las financieras y mutuales denunciadas estaban Sidecreer, Efectivo Si, Compañía Financiera Argentina y tarjetas de crédito como Visa, Santander Río, Tarjeta Naranja, etc. También se hallaron deudas tributarias: 11,62% (5 casos) con diferentes organismos municipales, provinciales o nacionales - tales como la Dirección General de Rentas de la Provincia de Entre Ríos (D.G.R), la Administración Federal de Ingresos Públicos a nivel nacional (AFIP) o con el municipio-; costas judiciales: 11,62% (5 casos); deudas por ser garantes de terceros: sólo un 2,32% (1 caso) y no se obtuvo información en un 2,32% (1 caso).

En Santa Fe, de los 108 casos en 94 prevalecían las deudas con mutuales, financieras y bancos; en 7 casos fueron por costas judiciales; en 3 por garantías realizadas a favor de terceros; en 2 casos por planes de vivienda; y en 2 casos por deudas con personas físicas. Dentro de las causas de la insolvencia en general se mencionaban situaciones genéricas de crisis económicas, destacándose 2 casos en donde se manifestó que las deudas estaban motivadas en enfermedades y en otros 4 casos en los cuales tuvieron su origen en la inundación sufrida por la Ciudad de Santa Fe en el año 2003. No se observan en los pasivos de estos sujetos endeudamientos provenientes de la adquisición de bienes registrables (inmuebles o automotores) sino al contrario, se confirma la misma tendencia que en Paraná en la cual prevalecen las deudas de crédito para el consumo. Es decir, en Santa Fe, un 87,03 % de las deudas son con financieras, mutuales o instituciones crediticias, mientras que sólo un 12,97 % constituyen otros tipos de deudas.

De este último dato, referido a los acreedores de los consumidores sobreendeudados, podría inferirse que en su mayoría las deudas asumidas correspondían a créditos para el consumo, contrayéndose las mismas en forma espontánea, basándose más en el deseo que en la necesidad y no

existiendo una adecuada reflexión sobre la responsabilidad de pagarlas en un futuro. Asimismo, los acreedores de estas deudas son, en su mayoría, organismos de financiamiento estatales, lo que nos lleva a señalar que de implementarse un programa estatal de prevención y tratamiento del sobreendeudamiento estos actores podrían mejorar su desempeño y limitar el otorgamiento irresponsable de créditos a personas sin capacidad de pago futura, o ya endeudadas excesivamente.

Otro de los resultados obtenidos fue que los pagos de los créditos se efectivizaban a través del sistema de “códigos de descuentos”. En 61 de los 108 casos relevados en la jurisdicción de Santa Fe, se les realizaban a los haberes mensuales de los empleados públicos descuentos directos por parte de los bancos. El problema que traen aparejados estos “códigos de descuento” es que se realizan en porcentajes elevados, ascendiendo muchas veces hasta el 60% o más del haber, dejando a los deudores con un monto insuficiente de recursos para costear los gastos mensuales de vivienda, luz, agua, educación, vestimenta, salud, etc. Esta situación impulsa a los consumidores sobreendeudados a valerse de la única salida posible en el derecho argentino vigente: la solicitud de su propia quiebra. Esta herramienta les permite “limpiar” sus sueldos, ya que los descuentos cesan con la declaración judicial de quiebra.<sup>63</sup>

### **Los ingresos de los sobreendeudados.**

Tanto en Santa Fe como en Paraná no fue posible la obtención de datos exactos referidos al activo disponible mensualmente por los sobreendeudados. De todos los casos relevados en Santa Fe,

---

<sup>63</sup> Junyent Bas, coincide con Truffat “en el sentido de que el funcionamiento del sistema tiene –al menos– dos aristas negativas: (a) la publicidad de colegas que desaprensivamente proponen, incluso por la prensa, según informa algún autor, algo así como “levante los embargos sobre su sueldo: quiebre y rehabilítese al año”. JUNYENT BAS, Francisco. *El empleado Público “sobreendeudado” y la pérdida de la fuente de trabajo*, cit., p. 3. TRUFFAT, Daniel E. *Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores*. Revista Doctrina Societaria y Concursal: Errepar, Buenos Aires, N° 260, 2009.

sólo en 2 casos se denunció como activo un inmueble, en el resto de los casos no se denunciaron activos, los fallidos percibían exclusivamente sus haberes mensuales. *“Se destaca que en las pocas causas en las que un inmueble integra el activo de la fallida, generalmente el mismo se encuentra hipotecado con lo cual el único acreedor que eventualmente ve satisfecho total o parcialmente su crédito es el acreedor privilegiado”* (De Césarís, Dos Santos Freire, Weidmann, 2006). En algunos casos, y en virtud de la presentación de la Administración Provincial de Impuestos (A.P.I) a verificar su crédito, puede presumirse que existían bienes inmuebles en los activos de los sobreendeudados. De igual modo, en la jurisdicción de Paraná, en sólo 3 casos se denunciaron como activos del deudor un bien inmueble, estando el bien en dos de ellos hipotecado y en uno libre de todo gravamen. En 40 casos los fallidos percibían únicamente sus salarios mensuales.

En relación a este tópico, la inadecuación del sistema concursal es manifiesta, dado que el mismo ha sido pensado para los casos donde la determinación y subasta de los bienes reviste cierta complejidad, y donde lo realizado permite el pago de las deudas del fallido.

#### **Los acreedores durante el proceso.**

En el período informativo de la quiebra se presentan los acreedores cuyas deudas fueran de causa o título anterior a la fecha de presentación en quiebra a verificar sus créditos, requisito que deben cumplir para poder formar parte de la masa pasiva.<sup>64</sup> En los casos analizados de la jurisdicción de Paraná, un 79,06% de los acreedores se presentaron a verificar, mientras que un 13,95% no lo hizo en tiempo y forma. En Santa Fe, un 61% de los acreedores se presentaron a verificar, aunque un 39% no.

---

<sup>64</sup> “El llamado proceso de verificación, tiene por finalidad obtener el reconocimiento de la legitimidad de las acreencias, así como la graduación de ellas (quirografaria o privilegiada)”. (Rouillón, 2012)

Es generalizada la idea de que los acreedores ven reembolsados rápidamente los préstamos que otorgan, por lo que no tendrían interés en cobrar posteriormente los créditos impagos. Sin embargo, según los datos obtenidos en el relevamiento, vemos que la mayor parte de los acreedores al presentarse a verificar han manifestado un interés en cobrar los saldos impagos, aún con cierta demora.

### **El fin del proceso.**

En general, los procesos no concluyen en poco tiempo. De los casos examinados muy pocos habían finalizado al momento del relevamiento, lo que impide tener certeza sobre la utilidad del proceso. Los relevamientos de expedientes en ambas jurisdicciones se realizaron en el año 2011.

En Paraná, donde el relevamiento se realizó sobre casos iniciados en 2009, de los 43 casos examinados, en 22 todavía no se había llegado a la etapa final; y de los 21 que ya estaban clausurados, habían concluido: 4 por falta de activo, 2 por inexistencia de acreedores, y 15 por distribución final.

En Santa Fe, donde el relevamiento se realizó sobre casos iniciados en 2007, sólo 50 de los 108 casos examinados ya habían concluido: 6 por falta de activo, 9 por inexistencia de acreedores, 1 por avenimiento, 7 por pago total, 13 clausurados por distribución final y 14 de ellos no habían tenido movimiento desde 2009.

### **Consideraciones finales**

El sobreendeudamiento de los consumidores es una situación global cuyo principal inconveniente es que las herramientas jurídicas tradicionales no sirven para prevenir y tratar el problema. El relevamiento realizado brinda algunas bases fácticas para la elaboración de posibles soluciones, tanto desde el derecho concursal como desde el derecho del consumidor.

Del trabajo de campo realizado surge que hasta el momento los consumidores que pretenden sanear sus economías no tienen más alternativa que someterse a las disposiciones de la ley concursal, en particular, al procedimiento de “pequeños concursos”. Este procedimiento tiene las mismas características que la quiebra común, sólo que sin algunos recaudos meramente formales establecidos para ésta última, es decir, no plantea un trámite diferenciado. Además, es posible mencionar que no fue un instituto mentado para ser aplicado a las personas físicas, sino para sanear las economías de las pequeñas empresas en crisis, de ahí su inadecuación como herramienta para tratar, y menos aún para prevenir, el sobreendeudamiento de los consumidores. Es por ello que la doctrina concursalista ha sido pionera en el abordaje de la problemática<sup>65</sup> planteando la necesidad de reformular el proceso concursal, por presentarse este inadecuado para dar respuesta suficiente a este complejo problema. La mayor parte de las propuestas<sup>66</sup> plantean una modificación al procedimiento de pequeños concursos, agilizándolo y adecuándolo a las necesidades de las personas físicas sobreendeadas.

Sin embargo, consideramos necesario pensar respuestas alternativas al procedimiento concursal desde el derecho del consumidor, impulsando principalmente medidas preventivas, aunque porqué no, de tratamiento al fenómeno.

El trabajo empírico realizado arrojó que una de las principales causas del sobreendeudamiento de los consumidores judicializados es el crédito al consumo. La Ley 24.240 regula una serie de institutos que coadyuvarían a la prevención del sobreendeudamiento. En este sentido el deber de información puede contribuir a que, al momento de la solicitud y aceptación de un crédito, el

---

<sup>65</sup> La problemática del sobreendeudamiento de los consumidores y la necesidad de encontrar una solución en el derecho concursal es un tema recurrente en las diferentes ediciones del Congreso Argentino de Derecho Concursal desde el año 2006.

<sup>66</sup> Algunas de las propuestas pueden verse en el texto de: Alegria, Héctor. *Los llamados “pequeños concursos”:* concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos. Buenos Aires: La Ley, 2005.

consumidor sepa efectivamente qué crédito estará recibiendo, cómo deberá devolverlo, si le conviene o no, si podrá hacer frente a esa deuda, etc. Este deber de información que si bien se encuentra particularmente desarrollado en la regulación del crédito al consumo, tal vez debería ser profundizado con un deber de consejo hacia el consumidor por parte del proveedor del crédito y un acentuado deber de información precontractual. Asimismo el régimen de prácticas abusivas, que promueven el trato digno y equitativo al consumidor, podría constituirse en el disparador para exigir un mejoramiento de las prácticas empresariales, promoviendo el otorgamiento de crédito responsable, exigiendo la evaluación de solvencia de los consumidores previo al otorgamiento de la financiación o crédito, asesorando sobre la contratación, y consejo sobre la conveniencia o no de la operación que está a punto de realizarse. Y por último el derecho al arrepentimiento del contrato de crédito al consumo, actualmente no aplicable a este supuesto de hecho, podría constituirse también en una herramienta útil a los efectos de la prevención, permitiéndole al consumidor reflexionar durante un plazo razonable y arrepentirse del crédito tomado sin ningún tipo de costo.

Las herramientas mencionadas no agotan las posibilidades que nos brinda el microsistema del derecho del consumidor para la prevención del sobreendeudamiento, pero valen para comenzar a repensar las posibles soluciones que nos brinda a la luz de esta actual problemática.

### **Referencias bibliográficas.**

ALEGRÍA, Héctor. Los llamados “pequeños concursos”: concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos. La Ley. (Buenos Aires), 2005.

ANCHÁVAL, H., 2011. “Insolvencia del consumidor”. Astrea. (Buenos Aires), p. 18.

LEITAO MARQUES, M.M., 2000. “O endividamento dos consumidores”. Almedina. (Lisboa), p. 2.

JUNYENT BAS, Francisco. El empleado público “sobreendeudado” y la pérdida de la fuente de trabajo. Publicado en: LA LEY2010-B, 1264 - LLC2010 (mayo), 372.

DE CÉSARIS, M.C., 2011. “Más reflexiones sobre la insolvencia del consumidor”. La Ley. (Buenos Aires) t. 1, p. 529.

DE CÉSARIS, M.C.; DOS SANTOS FREIRE, M.B. y WEIDMANN, G. Reflexiones sobre el tratamiento legislativo y judicial de los llamados “pequeños concursos”: Situación y sugerencias a partir de un trabajo de campo. In: VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Rosario: Ed. UNR y UCA, 2006. Libro de ponencias. t. I, p. 249 y ss.

CAMBACERES, Antonino. Informe regional sobre los créditos de consumo, contratos y publicidad en bancos de cinco países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Perú y Uruguay: Para el Programa Crédito y Sobreendeudamiento de los Consumidores: Consumers International – Fundación AVINA. Mar., 2009. p.4.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento Aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ Editora, 2010. p. 309.

ROUILLÓN, Adolfo A.N. Régimen de Concursos y Quiebras: Ley 24.522. 16ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2012. 544 p.

**III Jornadas Rioplatenses de Derecho del Consumidor y I Jornadas Internacionales  
de Derecho del Consumidor – Mar del Plata 2012**

**Título de la ponencia: Un probable *réquiem* para el daño punitivo.**

**Autores:**

**Francisco Junyent Bas**    [fjunyentbas@gmail.com](mailto:fjunyentbas@gmail.com)

**Andrés Federico Varizat**    [varizat@gmail.com](mailto:varizat@gmail.com)    0358- 154-026143

**María Constanza Garzino**    [coti\\_garzino@hotmail.com](mailto:coti_garzino@hotmail.com)

**(Cátedra de Derecho del Consumidor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales -  
Universidad Nacional de Córdoba) (U.N.C)**

**RESUMEN DE CONTENIDO:** El Anexo II de la ley de aprobación y derogaciones que acompaña al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, al regular el daño punitivo en el nuevo art. 52 bis agrega dos aspectos relevantes. El primero de ellos el factor de atribución subjetivo en cuanto exige que para poder imponer la “sanción pecuniaria disuasiva” el proveedor debe haber actuado con “grave menosprecio de los intereses de los consumidores”. Este aspecto es positivo y permite advertir la diferencia entre el régimen resarcitorio de los arts. 10 bis, 11 y 40 con la pena civil del art. 52 bis. Ahora bien, el segundo agregado en cuanto establece que el destino de la multa debe ser resuelta por el juez por resolución fundada denota desconocimiento del ser humano. Así la norma es abierta y no tiene en cuenta que aunque sea una facultad jurisdiccional y que se trata de una “multa” y no de un resarcimiento, el no reconocimiento de la labor judicial que debe desarrollar el consumidor o afectado para lograr acreditar el hecho antisocial y el grave menosprecio hacia los derechos de los terceros resulta una solución disvaliosa. Es cierto que no se trata de enriquecer al actor pero, quien es un verdadero auxiliar de la justicia merece, al menos, un porcentaje de la multa civil como premio por colaborar a la disuasión de conductas antisociales y, por ende, que deben erradicarse del mercado. En fin, el desconocimiento de la labor del actor y la falta de un reconocimiento concreto sobre el daño punitivo puede

constituir una alternativa de desaliento y, por ende, en un eventual “réquiem” para la sanción pecuniaria disuasiva.

## **I. La incorporación de los daños punitivos en el derecho argentino.**

### **I. 1. Cuestiones preliminares.**

Tal como lo señalamos oportunamente<sup>67</sup>, la sanción de la ley 26.361, introdujo en el ordenamiento consumeril el art. 52 bis que incorpora una nueva figura denominada daño punitivo o multa civil, hoy calificada como "sanción pecuniaria disuasiva" por el nuevo texto.

En esta inteligencia, se ha dicho<sup>68</sup> que se trata de una figura excepcional, mediante la cuál se pretende sancionar a quienes obran con una absoluta despreocupación respecto de los derechos de terceros, a sabiendas de que el producto o la determinada actividad que comercializan causarán daños, es decir, cuando se sabe de antemano que la reparación de daños resultará más económica que recomodar el producto, haciéndolo más seguro para su venta.

Tal como explican Trigo Represas y López Mesa<sup>69</sup> este tema no es nuevo entre nosotros, ya fue aludido por la doctrina como un mecanismo que puede ser de utilidad en ciertos casos que, además de la reparación integral, se incluye en la indemnización un plus sancionatorio conforme al modelo de daño punitivo norteamericano.

## **II. La obligación de no dañar.**

### **II. 1. El principio de prevención.**

---

<sup>67</sup> JUNYENT BAS, Francisco, GARZINO, M. Constanza, Caracterología del Daño Punitivo, Semanario Jurídico, N° 1832, pág. 737.

<sup>68</sup> RÚA, María Isabel, El daño punitivo en la reforma de la ley de Defensa del Consumidor, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tomo 5, Córdoba, 2009, pág. 105.

<sup>69</sup> TRIGO REPRESAS, Félix, LÓPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo 1, La Ley, 2004, pág. 556.

Desde esta perspectiva, explica Zavala de González<sup>70</sup> que el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. Por eso, la prevención constituye función insoslayable de la responsabilidad por daños.

En esta inteligencia, la autora citada explica que el principio de reparación plena o integral no cubre todos los daños y todas las consecuencias, y de allí, que la exigencia ética y jurídica de "no dañar" requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados, de manera tal que las infracciones serias de prevención son pasibles de sanciones privadas contra el dañador que deberían satisfacer una función disuasoria.

La jurista citada entiende entonces que en esta línea se articula el artículo 52 bis de la LDC, asumiendo que el derecho de daños debe satisfacer no sólo intereses privados de las víctimas, sino también aplicar sanciones económicas disuasorias de actividades injustamente perjudiciales, preservando un derecho genérico a no ser víctima.

Dicho derechamente el principio de no dañar impone como contrapartida asegurar el ordenamiento de conductas de convivencia y respeto de los derechos de los consumidores y usuarios.

## **II. 2. El desmantelamiento del ilícito económico.**

En esta misma línea de pensamiento, Tinti y Calderón<sup>71</sup> señalan que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para desmantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente cuando quien contraría el ordenamiento jurídico, causando daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad, y con un grave menosprecio de los derechos de terceros.

La idea es que en tales supuestos resulta necesario pagar algo más que la mera reparación del daño, lo que fluye como un sentimiento de justicia asociado a los valores de equidad, seguridad y solidaridad.

---

<sup>70</sup>ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, Función preventiva de daños, La Ley, 03/10/2011, 1, pág. 1.

<sup>71</sup>TINTI, Guillermo, CALDERÓN, Maximiliano, Derecho del Consumidor, Ley 24.240 con las modificaciones de la ley 26.361, 3º Edición, Alveroni, Córdoba, 2011, pág. 230.

Por su parte, las conclusiones de la Comisión N° 10 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Santa Fe, en 1999, expresaron por unanimidad que "el actual sistema normativo en materia de penas privadas es insuficiente y requiere de una pronta respuesta legislativa que las recepte con mayor amplitud", y recomendaron la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero.

Así, oportunamente señalamos<sup>72</sup> que aquí se encuentra el origen y fundamento del "daño punitivo", y que hoy ha merecido expresa recepción legislativa y ha producido un interesante debate doctrinario sobre sus condiciones de aplicación, que se reflejaron en el nuevo texto que hoy comentamos.

### **III. Caracterización de la multa civil.**

#### **III. 1. La ambigüedad del "nomen iuris".**

Desde esta perspectiva, la terminología utilizada por el artículo 52 bis de la LDC corrige el anterior "nomen iuris" asumiendo que se trata de una sanción pecuniaria disuasiva, pues lo que se pune no es el daño, sino una conducta del proveedor profesional, calificada por su particular gravedad y con impacto social.

De allí, que Pizarro y Molina Sandoval<sup>73</sup> señalaron que habría sido preferible utilizar la expresión "sanción punitiva" o "multa civil" como lo hacía el proyecto de Código Civil de 1998, aspecto receptado en la nueva norma.

En este sentido, los autores de la reforma expresan que el nuevo nombre fue sugerido por una conocida tratadista en materia de daños, como lo es la Dra. Matilde Zavala de González.

Va de suyo que esta afirmación se corresponde con los numerosos artículos que la conocida autora había dedicado a la materia.

Por su parte, Pizarro y Molina Sandoval expresaron que la ambivalencia de la nomenclatura utilizada por el texto originario, se deriva de la dual acepción del término "damages"

---

<sup>72</sup> JUNYENT BAS, F., GARZINO, M. C., ob. cit. pág. 738.

<sup>73</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos, Pizarro, Ramón Daniel, Los daños punitivos en el derecho argentino, Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa, Año 1, N° 1, septiembre de 2010, pág. 65.

en cuanto con un mismo vocablo se alude al daño y a su reparación, y esto es muy característico del idioma inglés, que sin un contexto lingüístico definido condensa, en términos kelsenianos la hipótesis condicionante, es decir, el presupuesto necesario para su aplicación y la consecuencia normativa que no es sólo su reparación, sino también su sanción.

Así, entonces aparece en el universo del ordenamiento legal la multa civil tendiente a disuadir las conductas “inequitativas y antisociales”.

En una palabra, el daño punitivo, *rectius*: "la sanción pecuniaria disuasiva", parte de la premisa de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña lo hace con el propósito de obtener un rédito o beneficio, o al menos, con un grave menosprecio para los derechos de terceros, por lo que, tiene un claro tinte disuasivo.

En este sentido, el art. 52 bis actualmente requiere en forma concreta el reproche subjetivo al exigir que ésta se imponga a quien "actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor", lo que se relaciona directamente con la definición de dolo contenida en el art. 1724 del nuevo Código Civil y Comercial, cuando en su último párrafo señala que: "el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional, o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos".

En una palabra, la nueva formulación legal pone de relieve que el factor de atribución recoge tanto el denominado dolo directo, como el eventual.

#### **IV. 2. La sanción pecuniaria disuasiva como multa civil.**

De lo dicho se sigue que el "nomen juris" que ha recogido mayor aceptación por parte de la doctrina es el de "pena o multa civil" ya que, si bien acompaña al resarcimiento de daños efectivamente sufridos, es un plus cuantificable económicamente, con finalidad sancionatoria y consecuentemente, preventiva de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico.

En esta inteligencia, Molina Sandoval<sup>74</sup> se preocupa por señalar la finalidad sancionatoria que se sustenta en la lesión al interés comunitario ante la cuál el derecho debe presentar su desaprobación contundente, y que en su opinión, tiene un valor ético jurídico, pues implica una diatriba del plexo normativo a una conducta ínsitamente disvaliosa.

Asimismo, el autor citado señala que la "dinámica centrífuga de las puniciones" procura impactar en el espectro de las conductas de los integrantes de la comunidad y, de este modo, prevenir su realización para casos análogos, pues, el dañador no podrá preveer "esta cuenta" pues no es contablemente previsible.

En una palabra, el daño punitivo tiene la particularidad en que el mal debiera ser equivalente a la mejora indeseablemente lograda por el responsable, articulando de este modo una relación entre el daño causado, la conducta reprochable y la sanción aplicable<sup>75</sup>.

En otros términos, a mayor nivel de precaución deseable socialmente, mayor será la responsabilidad compensatoria, y existirá una falta de disuasión que permite advertir el doble sustento del daño punitivo en su perfil preventivo y sancionatorio.

#### **IV. 3. El reproche a la actuación del agente.**

En esta inteligencia, el nuevo texto legal del art. 52 bis de la LDC recoge las críticas de la doctrina e incorpora la configuración de un factor subjetivo de responsabilidad al requerir que el agente haya actuado con grave menosprecio a los derechos de los terceros, es decir, aún cuando más no sea con dolo eventual, pues se ha representado con claridad el resultado dañoso, y ha preferido mantener el negocio por carácter especulativo.

En tal sentido, Irigoyen Testa<sup>76</sup> entendió que para la admisibilidad de los daños punitivos el derecho comparado requiere una conducta gravemente reprochable por parte del dañador; es decir, dolo directo: malicia; dolo eventual o culpa grave, lo que hoy ya no merece crítica a la luz del nuevo texto.

---

<sup>74</sup> MOLINA SANDOVAL, C., ob. cit., pág. 75.

<sup>75</sup> MOLINA SANDOVAL, C., ob. cit., pág. 76.

<sup>76</sup> IRIGOYEN TESTA, M., ob. cit., pág. 117.

Así, el autor citado explica que la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado en el sentido de que la razonabilidad de una condena por daño punitivo surge de: a) haber existido un daño físico en vez de un daño patrimonial; b) de que el dañador evidenció un comportamiento con indiferencia o con dolo eventual en contra de la salud o de la seguridad de terceros; y c) de la prueba existente se acredita que la conducta del demandado tiene relación de causalidad con el riesgo que se introduce en la sociedad.

De tal modo, lo que intenta señalar el conocido civilista es cuales son los elementos típicos que habilitan la procedencia del daño punitivo y que, consecuentemente, deberían integrar la norma, respetando el texto del artículo 52 bis de la LDC, el principio de legalidad, al contemplar en su seno dichos presupuestos en forma expresa, lo que así hace la nueva formulación incorporada por la Comisión Reformadora.

## **V. Presupuestos de procedencia**

### **V. 1. La opinión de la doctrina.**

Desde esta perspectiva, el nuevo texto legal, impone los requisitos mínimos que deben reunirse a los fines de determinar los requisitos que deberán reunirse a los fines de poder aplicar la multa civil:

- a) El proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor.
- b) La parte perjudicada debe solicitar su aplicación.
- c) El proveedor debe haber actuado con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.
- d) Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado y su repercusión social;
- e) También debe ponderarse el patrimonio del dañador y los beneficios que obtuvo o pudo obtener, debiendo analizarse la existencia de otras sanciones penales o administrativas, pues si se provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas.
- f) la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

Así, no basta el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, sino que la institución de las penas privadas propende al establecimiento de un derecho más igualitario y justo y, por ende, el reproche a la conducta del agente que causa el daño mediante trasgresiones groseras o una conducta desaprensiva, se introduce en un carril subjetivo que tiñe la figura en forma particular de conformidad al nuevo texto legal.

En igual línea, Pizarro<sup>77</sup> expresó que la anterior redacción del artículo 52 bis de la LDC permitía, a partir de una lectura contextualizada, tener presente una serie de "notas típicas".

Así, el citado autor tiene en cuenta las siguientes: a) la gravedad de la falta, b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal, c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, d) la posición de mercado o de mayor poder del punido, e) el carácter antisocial de la inconducta, f) la finalidad disuasiva futura perseguida, g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, h) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado, i) los sentimientos heridos de la víctima.

## **VI. Las pautas de procedencia.**

### **VI. 1. La gravedad del hecho.**

Desde esta perspectiva, cabe puntualizar que aparece como cartabón esencial o directriz central "la gravedad del hecho" y "demás circunstancias del caso".

En una palabra, la consideración sobre la gravedad del hecho conlleva la necesidad de fijar la conducta no solamente como un hecho grave, sino también, con la nota de indiferencia o desaprensión que transgreda las pautas de la moral media impuestas por la colectividad.

De tal modo, aunque no necesariamente todo lo antisocial es antijurídico, la propia normativa fondal considera ilícita la conducta que no tenga en cuenta la moral y las buenas costumbres, introduciendo un matiz subjetivo en la valoración del hecho que es visto no sólo

---

<sup>77</sup>PIZARRO, Daniel Ramón, Daños punitivos, en: Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Felix Trigo Represas, La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 283.

como "daño resarcible", sino también, como "conducta disvaliosa" y ésta última característica es la que habilita la multa civil.

En esta línea, Colombres<sup>78</sup> destaca que la conducta del proveedor de bienes y servicios que incumple sus obligaciones legales requiere de una lectura e interpretación, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, lugar y modo, a los fines de analizar si existen elementos especiales que permiten demostrar la indiferencia o actitud desaprensiva hacia los derechos del consumidor.

En esta inteligencia, cabe destacar que la doctrina patria recién se encuentra elaborando la terminología originada en el derecho anglosajón, y que hace referencia a actos antisociales, o conductas vejatorias, que en la actualidad se reflejan en el art. 1724 del Código Único.

## **VI. 2. El factor de atribución.**

Desde esta perspectiva, cuando la conducta del proveedor perjudique los derechos de un tercero, cae bajo la sanción de abusividad en el ejercicio del derecho, que sanciona expresamente el art. 10 y 11 del Código Civil y Comercial, en correlación con el art. 1096, en materia de prácticas abusivas en las relaciones de consumo.

En una palabra, cuando la gravedad del hecho converge con el elemento subjetivo o fáctico propiamente dicho, se configura la calificación jurídica de la sanción reglada en el art. 52 bis de la LDC, superando así las críticas de la doctrina.

Un ejemplo paradigmático lo constituye el caso "Machinandiarena", que comentamos supra, en donde la condena se debió a la falta de colocación de accesos para discapacitados, de manera tal que la "gravedad" se configuraba no solamente por la discriminación entre seres humanos de capacidades diferentes, es decir, el hecho objetivo dañoso, sino también por el carácter "desaprensivo" de la conducta de la demandada y el impacto social que dicho comportamiento genera, configurándose el aspecto subjetivo de la figura.

En esta inteligencia, será necesaria una prudente apreciación judicial, que en el caso concreto, es decir: "case por case", permita al juez definir los parámetros que han de tenerse en cuenta al

---

<sup>78</sup> COLOMBRES, Fernando Matías, Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor, La Ley, [www.laleyonline.com](http://www.laleyonline.com).

momento de aplicar la sanción prevista en el art. 52 bis del régimen consumeril fundando detalladamente los hechos y circunstancias que le permiten realizar la imputación subjetiva al proveedor y demostrando la actuación desaprensiva hacia los derechos del consumidor.

Esta descripción será también la que le facilitará establecer los parámetros adecuados para definir de qué manera deriva la cuantificación en la que entiende debe establecerse la multa civil.

### **VII. La tutela de los consumidores: los legitimados activos.**

En orden a la legitimación activa resulta patente que están habilitados para reclamar por daño punitivo todos los sujetos que pueden ser considerados consumidor o usuarios a la luz del art. 1 de la LDC y del art. 1096 del Código Civil y Comercial.

De tal modo, la legitimación no es sólo del consumidor directo sino también de aquellos que forman parte de su círculo familiar o social, como así también del bystander, tal como lo explica Colombres<sup>79</sup> y como lo recepta la normativa citada supra.

En consecuencia, el consumidor o usuario "conexo" o "indirecto" está habilitado para accionar en contra del proveedor del bien o servicio, en busca de la aplicación de la multa civil en tanto la finalidad del instituto busca sancionar las conductas antisociales y vejatorias.

Una modalidad específica de este tipo de conducta se recepta puntualmente en el art. 8 bis de la LDC y 1096 del Código, que exigen condiciones de atención de trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, evitando colocar a éstos últimos en condiciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

### **VIII. La diferencia con el régimen resarcitorio del art. 40 de la LDC.**

En esta inteligencia, y tal como se deduce de las opiniones doctrinarias y de la jurisprudencia relacionada, corresponde destacar que la procedencia del daño punitivo requiere de una gravedad intrínseca de la conducta y de la entidad del daño, de manera tal, que la sanción procura en cierto modo evitar los cálculos matemáticos como económicos o meramente especulativos al momento de dañar a terceras personas.

---

<sup>79</sup> COLOMBRES, F., ob. cit.

Desde la perspectiva de la solidaridad, no cabe ninguna duda que no debe confundirse con la reglada en el art. 40 de la LDC, la cuál se dispara a toda la cadena de producción y comercialización ante el daño resultante del vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio.

En una palabra, cabe realizar una distinción fundamental en orden a la diversidad de factores de atribución en cada supuesto.

Así, mientras el art. 40 de la LDC, al reglar la responsabilidad resarcitoria contiene un factor de atribución objetivo, que requiere para exonerarse que el proveedor acredite la ruptura del nexo causal, es decir, la culpa de la víctima, o de un tercero por quien no debe responder, o caso fortuito o fuerza mayor, por el contrario, en el supuesto del art. 52, el reproche subjetivo permite liberarse mediante la acreditación de la diligencia, demostrando así la ausencia de un factor de atribución subjetivo, o para decirlo en términos más usuales, que no ha existido una conducta antisocial o desaprensiva en relación al consumidor o usuario.

Dicho derechamente, se puede responder por todos los daños y perjuicios en función de la responsabilidad resarcitoria, y no ser necesariamente pasible de una multa civil por no haber obrado con culpa grave, dolo, malicia o con desaprensión de derechos de terceros.

Por otro lado, mientras que en el art. 40 la responsabilidad se hace extensiva "in solidum" a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización, en el supuesto del art. 52 bis se debe acreditar la "coactuación" de los agentes que integran el aludido proceso productivo, en el hecho dañoso concreto, para poder predicar la existencia de solidaridad en cuanto al daño punitivo.

En una palabra, en caso de que los agentes hayan actuado conjuntamente con grave menosprecio de los derechos de los terceros, es decir, que el factor de atribución subjetivo o si se quiere, el reproche a la conducta antisocial y vejatoria sea imputable a todos ellos, éstos responderán solidariamente, de conformidad a la pauta del art. 52 bis.

## **X. La cuantificación de la sanción pecuniaria disuasiva.**

### **X. 1. Las nuevas pautas del art. 52 bis.**

Desde otro costado, la temática relativa a la cuantificación tiene como límite las pautas establecidas en el reformulado art. 52 bis, que anteriormente no las traía, pero remitía

directamente a las establecidas en el art. 49 que normaba el régimen de sanciones de la Autoridad de Aplicación.

Por el contrario, el nuevo texto no remite expresamente al art. 49, sino que contiene sus propios parámetros, y consecuentemente, nace la duda de si el tope contenido en esta última norma todavía se aplica a la sanción pecuniaria disuasiva.

Una interpretación funcional y sistémica que supere la mera lectura lineal requiere integrar el sistema, y entender que el tope sigue vigente, aún cuando no surja de la literalidad de la norma.

En esta línea, el art. 52 bis refiere a los siguientes aspectos a los fines de la cuantificación de la sanción pecuniaria disuasiva:

- a) la gravedad de la conducta del sancionado;
- b) su repercusión social;
- c) el patrimonio del dañador;
- d) los beneficios que obtuvo o pudo obtener;
- e) los efectos disuasivos de la medida;
- f) evitar la punición excesiva.

#### **XI. El destino de la multa civil.**

Uno de los aspectos que más debates ha producido es el relativo al destino del monto obtenido en concepto de daño punitivo, que el viejo artículo 52 bis de la LDC estipulaba a favor del consumidor.

En este sentido, Juanes y su cátedra<sup>80</sup> se pronunciaron a favor del texto legal afirmando que el damnificado es el principal interesado en la aplicación de la sanción, y que consecuentemente, constituye un incentivo para su aplicación.

Por su parte, Zavala González y González Zavala<sup>81</sup> indicaron que la indemnización punitiva es reputada como una pena civil cuyo importe debe destinarse a la víctima, a semejanza de las astreintes y de los intereses sancionatorios.

---

<sup>80</sup> JUANES, N., ob. cit., pág. 163.

Sin embargo, actualmente la nueva redacción del art. 52 bis otorga al juez la definición del destino requiriendo solamente resolución fundada, tal como lo preveía el Proyecto de Código de 1998.

En rigor, lo que ha querido ser una medida que evite las críticas dirigidas al viejo texto y que se fundaban en el enriquecimiento del afectado, ha pasado a constituirse en una norma abierta que deberá ser prolijamente analizada por la doctrina y muy especialmente ponderada por la judicatura en el caso concreto.

En efecto, no cabe duda alguna que el afectado que ha iniciado el juicio, con todo el costo que ello significa y ha demostrado fehacientemente la actuación reprochable, antisocial y vejatoria del proveedor, que hace viable la sanción pecuniaria disuasiva, no puede ser ignorado pues, de lo contrario, el instituto se quedará en "letra muerta".

De lo dicho se sigue la necesidad de que al menos un porcentaje de la multa siga beneficiando al actor, sea un afectado individual o una asociación de consumidores, sin perjuicio de que el resto de la multa se destine a la educación nacional o provincial, y también a la salud pública, es decir a destinos que sean relevantes para toda la comunidad, y que tengan muy especialmente en cuenta el lugar donde se produjo el evento dañoso y el carácter de ejemplaridad que debe ostentar la sanción pecuniaria disuasiva.

Así, Molina Sandoval<sup>82</sup> había manifestado que pareciera que axiológicamente lo correcto sería que el tribunal determine una porción que beneficie directamente al damnificado, y que el resto se destinase a alguna organización de bien común o al propio Estado.

En este sentido, un ejemplo claro lo establece el art. 120 in fine de la Ley 24.522 cuando otorga al acreedor que promueve la acción revocatoria en beneficio de la quiebra una preferencia especial que determine el juez entre la tercera y la décima parte del producido, con límite en el monto de su crédito.

---

<sup>81</sup>ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde-González Zavala Rodolfo Martín, Indemnización punitivo, Foro de Córdoba N° 38, 1997, pág. 74.

<sup>82</sup>MOLINA SANDOVAL, C., ob. cit., pág. 81.

En igual sentido, también se ha propuesto que cuando sean varios los damnificados se tenga en cuenta la articulación de un fondo para distribuir en proporción al daño de cada uno de los integrantes de la clase y así permitir una adecuada distribución de la multa civil, reflejando de esta manera el impacto de la conducta reprochable a favor del “colectivo o “clase”.

## **XII. Conclusiones.**

De todo lo expuesto se sigue que hay reformas positivas que deben ponderarse y hay otras negativas que traerán inconvenientes de aplicación.

Entre las positivas se siguen:

- a) el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva se ajusta mejor al carácter retributivo y, por ende, de multa civil del instituto de los “daños punitivos.
- b) La incorporación del factor de atribución subjetivo a título de dolo es correcto pues el “ilícito económico” debe tener una característica de conducta antisocial, vejatoria e intimidatoria que implique “un grave menoscabo a los intereses del consumidor”.
- c) De tal modo, se diferencia el régimen resarcitorio por el daño causado, sea patrimonial y/o extrapatrimonial que corresponde al afectado y que conlleva un factor de atribución objetivo, ar. 40 de LDC de la multa civil que requiere acreditar la conducta reprochable y consecuentemente la solidaridad se limita a quienes actuaron con dicho menoscabo hacia los intereses del consumidor o usuario.

Por el contrario, dos aspectos negativos se siguen de la reforma.

El más relevante el carácter ambiguo de la norma que exige que el destino lo imponga el juez sin definirlo. De allí se siguen una serie de cuestionamientos: la multa civil ¿será para la Educación, que nivel y jurisdicción? o ¿puede ser para la Salud y en su caso, de qué manera se debe articular la remisión a la institución de que se trate?.

En fin, como se advierte una problemática que el legislador debió establecer puntualmente y no dejar a una fundamentación judicial que establece las condiciones de procedencia de la multa pero, carece de parámetros para conocer a qué institución debe imputarlos e incluso remitirlos.

El segundo aspecto negativo lo constituye la ausencia de “premio” alguno a favor del afectado que haya requerido la “sanción” y, consiguientemente, haya realizado toda la labor probatoria que permita al juez la imposición de la multa civil.

Este aspecto desalentará su petición y, en consecuencia, puede convertir en “letra muerta” la punición de los ilícitos antisociales, tan propios del sistema capitalista “salvaje” que se enriquece con los “microdaños” y, una serie de ilícitos que constituyen clara violación a los derechos del consumidor.

**Tema:**

**“Una mirada actual a los daños punitivos en la Ley de Defensa al Consumidor”**

**Subtemas:**

- 1.- Introducción.
- 2.- La naturaleza de los daños punitivos.
- 3.- La inclusión de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor.
- 4.- Críticas de la doctrina al art. 52 bis de la Ley 24.240.
- 5.- La aplicación en casos judiciales.
- 6.- La “Sanción Pecuniaria Disuasiva” en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Unificación con el Comercial. Algunas falencias.
- 7.- Conclusión y recomendaciones.

**Autoras:**

***María Laura Estigarríbia Bieber***

Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional del Nordeste

Don Bosco N° 265 (H3500AHE) – Resistencia, Chaco, Argentina.

Te. +54-362-4422155, int. 141. E-mail: [mlestigarribia@eco.unne.edu.ar](mailto:mlestigarribia@eco.unne.edu.ar)

***Sandra Natalia Umansky***

Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional del Nordeste – CONICET

Pje. Uspallata N° 74 (H3500COI) – Resistencia – Chaco

**RESUMEN:**

En el presente trabajo analizamos la figura de los daños punitivos en el marco de las funciones atribuidas a la responsabilidad civil en el derecho argentino. En tal sentido, se parte de la base que nuestro modelo continental - romanista incluye una responsabilidad principalmente compensatoria y, excepcionalmente, preventiva y punitiva.

El instituto de los daños punitivos reviste una naturaleza evidentemente sancionatoria e impacta en el microsistema de defensa del consumidor con una norma severamente criticada por la doctrina por su deficiente técnica legislativa y por las consecuencias que trae aparejadas en cuanto a la sustancia del Derecho.

Describimos asimismo la evolución que ha tenido el instituto *sub examine* en la jurisprudencia nacional y el tratamiento que ha tenido en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Unificación con el Comercial presentado para su tratamiento legislativo en el año 2012, para concluir ante la inminente reforma en lo atinente a las funciones de la responsabilidad civil y la modificación planteada al art. 52 bis de la LDC, recomendamos:

- 1.- La inclusión de los factores de imputación subjetivos dolo o culpa grave en la violación de los derechos del consumidor.
- 2.- Establecer que la sanción tendrá el destino que le asigne el juez por resolución fundada pudiendo optar por consagrarla al consumidor, al fondo establecido en el art. 47 de la LDC, o a ambos en las proporciones que éste resuelva atendiendo a las circunstancias del caso.
- 3.- Eliminar las dos últimas oraciones del artículo 52 bis de la LDC en el Proyecto en lo relativo a la acumulación de sanciones pecuniarias y la posibilidad judicial de dejarlas sin efecto, en virtud de resultar contradictorias con lo dispuesto por el art. 930 del Código proyectado.

## 1.- Introducción.

La función de la responsabilidad civil en el Derecho común argentino es eminentemente compensatoria -tiende a borrar las consecuencias del hecho dañoso- y, accesoria y secundariamente, es preventiva y punitiva, sin exceder el límite del daño efectivamente sufrido.

Es decir que, como parámetro general, los jueces -al determinar las indemnizaciones- no pueden extenderse más allá del perjuicio material o moral sufrido y ello es así porque lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa para el damnificado, en detrimento del responsable. Como excepción a dicha regla surgen las funciones preventiva y punitiva.

En virtud de la primera, resulta importante distinguir aquella atribución de responsabilidad que se realiza, con carácter preventivo, antes del hecho, con el fin de evitar que se produzcan daños, de aquella prevención *ex post facto*; en este caso “se supone que hay una condena a pagar y que ésta ha de producir un efecto disuasorio o, en todo caso, que ha de ser un incentivo importante a efectos de que el daño no se vuelva a producir, para lo cual se han de adoptar las precauciones correspondientes... se cree que una sentencia que impone la obligación de indemnizar actúa sobre la sociedad para desincentivar de causar daños a sus integrantes y también percute sobre el sujeto que está obligado a soportar la condena” (BUERES, A. J. y PICASSO, S. 2011), tal como ocurre en el Derecho Penal con la prevención general -para la sociedad- y especial -para el responsable-.

Sin embargo, la evolución del derecho de daños se inclina, cada vez más, a implementar la función preventiva. Como explica VÁZQUEZ FERREYRA (2011), “[h]oy la responsabilidad civil ha sido ampliada por el Derecho de Daños, y en esa ampliación juega un rol fundamental la prevención de daños. Es decir que el Derecho ya no se conforma con la reparación de los daños injustamente causados, sino que va más allá, y donde le es factible, busca la propia evitación del perjuicio”.

En tal sentido, la función punitiva de la responsabilidad civil radica en castigar conductas de cierta gravedad para evitar su reiteración en el futuro, fijándose su monto con fundamento en la gravedad

de la intención y no en el daño efectivamente causado, con miras a un efecto disuasorio, tendiente a la evitación de su reiteración.

En el Código Civil vigente, la función de dicho sistema es, reiteramos, meramente compensatoria, pues nunca se graduará más allá del daño sufrido por la víctima, si bien podemos decir que sancionar al culpable es un fin deseado por el Derecho de la Responsabilidad Civil en algunas disposiciones legales<sup>83</sup> o contractuales expresas<sup>84</sup>, que incorporan la finalidad preventiva.

En este sentido, la inclusión del instituto de los daños punitivos en el ámbito de la defensa del consumidor<sup>85</sup> rompe con el paradigma descrito anteriormente, al incorporar una finalidad de doble carácter –preventiva y sancionatoria-, dejando de lado la limitación de la condena al monto del daño efectivamente sufrido.

En este momento es conveniente definir los daños punitivos<sup>86</sup> como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (PIZARRO, R., 1996).

Esta es la figura que motiva el presente análisis y preocupa a la doctrina nacional y extranjera porque rompe con el modelo romanista de responsabilidad civil preeminentemente compensatoria. Su

---

<sup>83</sup> Caso de los daños punitivos incorporados a la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.361 o de las astreintes.

<sup>84</sup> Tales como la cláusula penal o los intereses punitivos.

<sup>85</sup> Nótese que la figura de los daños punitivos introducida por la ley 26.361 resulta aplicable únicamente al ámbito del Derecho del Consumo. Sin embargo, la sanción pecuniaria disuasiva planteada en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Unificación con el Comercial la regula tanto para el terreno antes descrito, como para cualquier afectación de los derechos de incidencia colectiva.

<sup>86</sup> La doctrina critica la denominación “daños punitivos” atento a que la misma responde a una traducción literal, pero imprecisa, del precedente en el idioma inglés *punitive damages* donde la palabra *damage* tiene dos significados relacionados, pero distintos; por un lado, define al perjuicio sufrido por el damnificado como consecuencia de la acción de quien resulte responsable y, por el otro, a la indemnización debida a la víctima por el autor de la conducta ilícita. Conscientes de estas críticas, utilizaremos el término empleado por la ley para referirnos a la figura sub *examine*.

incorporación en la normativa consumerista encuentra su justificación en la eventual proyección colectiva de los daños que se producen en dicho ámbito.

## **2.- La naturaleza de los daños punitivos.**

Los daños punitivos no están destinados a reparar, sino que se adicionan a las indemnizaciones compensatorias, con la finalidad principal de castigar al dañador<sup>87</sup>.

Tanto la mayoría de la doctrina, como el Proyecto de Unificación de 1998, las trata como *multas civiles* que se imponen al autor de una conducta dañosa -independientemente de las condenas indemnizatorias y de los acuerdos previos entre las partes- tendientes a reponer el estado de cosas al más cercano posible al existente con anterioridad al perjuicio; que se aplican con la finalidad de punición al autor de dicho daño, con carácter ejemplificador, del cual se pretende que resultará una prevención general y especial de la ocurrencia de futuros menoscabos en los derechos de terceros, por hechos similares.

Coincidiendo con la postura expuesta, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, destacó su naturaleza diciendo que “[e]ste instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un hecho que resulta “intolerable” y su finalidad es punir las graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios y sirven para prevenir que ocurran hechos similares” (CNCiv, Sala F, "Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios", 18/11/2009).

Profundizando el análisis, la doctrina sostiene que con los daños punitivos se persigue “una *tríada* de funciones: a) punir graves inconductas; b) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, y c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición”. (PREVOT, J. M., 2011)

---

<sup>87</sup> Algunos autores como VERGARA, L. (2011) piensan que la principal finalidad de los daños punitivos es preventiva y no sancionatoria, afirmación con la cual no estamos de acuerdo.

Cabe destacar que en su origen anglosajón, la figura de los daños punitivos ha traído acarreados innumerables problemas por la adecuación del sistema de responsabilidad civil. En tal sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2011), resumiendo los fundamentos esgrimidos por Salvador Cordech y Castiñeira Palou, recalcó las críticas a tal sistema de la siguiente manera:

“los *punitive damages*, en tanto en cuanto son sancionatorios y no compensatorios, alteran la simetría de la ley; comparten la naturaleza de las multas penales pero no se imponen en un proceso que ofrezca las garantías constitucionalmente exigidas para la imposición de sanciones;... si la responsabilidad civil dolosa o gravemente negligente puede ser objeto de un seguro, el infractor puede evitar las consecuencias de la imposición de indemnizaciones sancionatorias... en los casos de daños causados a una pluralidad de personas, los primeros en pleitear podrían quedarse con una parte desproporcionada de los recursos del demandado, o con todos; la impredecibilidad de los *punitive damages* y la posibilidad de que se concedan en cuantías muy elevadas sobreincentivan a los actores potenciales; la mencionada impredecibilidad puede ser un obstáculo a su eficiencia (si se fijan en una cuantía excesivamente elevada, su efecto preventivo es exagerado, pero si son demasiado reducidos, sucede lo inverso); dada la inseguridad y los elevados costes derivados de la defensa en un pleito en el que se ventila una cuestión de indemnizaciones sancionatorias, los precios de los bienes y servicios se incrementan en demasía, la planificación del mercado se ve perturbada y las empresas del país se ven comparativamente perjudicadas en relación con las que trabajan en culturas que desconocen las indemnizaciones punitivas”.

En consecuencia, los daños punitivos resultan ajenos a nuestro sistema de responsabilidad civil y a la cultura jurídica tanto de los sistemas continentales, cuanto de los del *common law* -en los que también se están volviendo de aplicación restrictiva y tienden a desaparecer-; empero en nuestro Derecho

nacional, contrariamente, están cobrando fuerza relativa con la inclusión legal expresa y el acogimiento *híbrido* por parte de la jurisprudencia con un alcance de matices diferentes.

### **3.- La inclusión de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor.**

La figura de los daños punitivos fue incluida por primera vez en la legislación argentina en la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor -en adelante LDC-, a través de la reforma introducida por la ley 26.361 cuando incorporó el art. 52 bis, en los siguientes términos:

*“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.*

La incorporación legislativa, no responde a una necesidad empírica ni a la cultura del Derecho nacional, ni tampoco, a la evolución que han tenido los daños punitivos en los sistemas jurídicos de origen, lo que ha acarreado un sinnúmero de críticas y una pronta proyección en la reforma legislativa impulsada por el Dto. 191/2011 aunque la misma, adelantamos, tampoco se hizo eco de los impactos de la normativa *sub examine*.

### **4.- Críticas de la doctrina al art. 52 bis de la Ley 24.240.**

Con deficiente técnica legislativa, la norma convierte un supuesto de aplicación excepcional, tradicionalmente empleado en sus raíces<sup>88</sup> para castigar conductas especialmente dolosas, o al menos con un factor de atribución de culpa grave o lucrativa, cuyo autor demuestre una grave indiferencia

---

<sup>88</sup> La figura de los daños punitivos se origina en Gran Bretaña, pero su aplicación se ha extendido mayoritariamente en los Estados Unidos, países estos que adoptan sistemas jurídicos del denominado *Common Law*.

por los derechos de terceros, beneficiándose económicamente, o teniendo en miras hacerlo, o cometiendo abusos de su posición dominante en el mercado; en una pena que podría reclamar cualquier damnificado ante el sólo hecho de que el proveedor incurra en incumplimiento, sin ningún otro límite fuera del correspondiente a la definición de su monto. Vale decir que, tal como está previsto, se trata de un mero agravamiento de la sanción pecuniaria por el incumplimiento, con el agravante que será aplicado “a favor del consumidor” reclamante, con las iniquidades que esto puede acarrear, siendo que están absolutamente librados al arbitrio del juez tanto su aplicación como el monto de la condena.

La norma que comentamos toma a la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso como factores de cuantificación de esta multa, pero no como supuestos de procedencia, aclarando que ésta será independiente de otras indemnizaciones que le correspondan al consumidor, tales como la reparación del daño emergente, el lucro cesante o el daño moral efectivamente sufridos.

Como adelantáramos, otra cuestión muy discutida es la relativa al destino de la multa, que fuera determinado a favor del consumidor; ya que, al ser ésta accesoria a las indemnizaciones por los daños efectivamente sufridos por la víctima, la condena a pagar por daños punitivos podría derivar en un enriquecimiento sin causa del consumidor.

“En efecto, toda vez que el damnificado, después de ser indemnizado, se encuentre en una situación en la que obtenga mayores ventajas, menores costos o asuma un riesgo inferior del que tenía antes del hecho dañoso, conseguirá un lucro y no una mera indemnización y habrá una pena privada a cargo del responsable”. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., 1993).

La norma bajo análisis establece, luego, la responsabilidad solidaria de los proveedores responsables del incumplimiento. El problema con la solidaridad está relacionado a la mencionada falencia legislativa en cuanto al presupuesto de procedencia de los daños punitivos; ya que si se hubiese supeditado a la existencia de dolo o culpa grave por parte del proveedor, podría concluirse que la

solidaridad recaerá sólo sobre aquellos proveedores que se comportaron en orden a tales factores de atribución de la responsabilidad y no en aquellos completamente inocentes<sup>89</sup> que, sin embargo, también deberán responder en función de un factor objetivo de atribución, lo que les impedirá probar como eximente la falta de dolo o culpa de su parte, limitándose tal posibilidad a la acreditación de la ruptura del nexo causal, salvo en la acción de regreso.

Por último, la norma impone un tope máximo a esta sanción pecuniaria, tal la prevista en el art. 47, inc. b) de la LDC; esto es, cinco millones de pesos. Este tema también resulta cuestionable, ya que este tope puede ser a veces, excesivo -tal el caso de una Pyme que terminaría en quiebra a causa de la sanción punitiva impuesta, lo que no resulta la finalidad de la disposición legal- y otras veces, no resultar suficiente para cumplir con sus funciones punitiva y preventiva -como los casos de empresas con posición dominante en el mercado o supuestos de daños masivos -donde, en los hechos, recibirá una indemnización mayor, quien primero reclame-.

Ahora bien, como ya lo hemos comentado, la figura de los daños punitivos tiene sus orígenes en el *Common Law* y ha tenido poca o nula recepción en los países que siguen la tradición continental – romanista<sup>90</sup> e impacta en el sistema jurídico argentino en una legislación específica y tuitiva como la LDC .

Cabe destacar que, en el mundo actual, se presentan nuevos problemas sociales que requieren de soluciones legales distintas a las del Derecho clásico; cuestiones tales como las que destacaba BUSTAMANTE ALSINA (1994) hace más de una década, de invasiones a la intimidad privada y ataques al honor por abusos en el ejercicio de la libertad de prensa, la piratería contra los derechos

---

<sup>89</sup> Máxime con el amplísimo alcance que el art. 2° de la LDC le confiere a la figura del proveedor, cuestión que se amplía aún más en el Proyecto de Reforma al Código Civil y unificación con el Comercial.

<sup>90</sup> Excepción hecha al Código de Quebec, que incorpora la figura con distintos ribetes que los normados por nuestra legislación.

intelectuales; los daños al medioambiente y los derechos del consumidor protegidos constitucionalmente desde la reforma de 1994.

Este problema de compatibilidades fue oportunamente advertido por la Diputada Negre de Alonso en el momento de la discusión parlamentaria del proyecto de la Ley 26.361, al expresar: “Estoy en contra del daño punitivo pues se importa un instituto anglosajón. Considero que la filosofía de nuestra legislación –de origen continental– no es la del daño punitivo, que es un daño ejemplificador. Es decir, se fija un monto ejemplificador y se lo aplica porque se cometió una infracción, más allá del daño directo. La naturaleza jurídica del daño en la República Argentina –el daño que prevé el Código Civil– tiene supuestos para su procedencia... y tiene estadios; los abogados los llamamos “los presupuestos de la responsabilidad”... Esta medida me parece sumamente riesgosa porque no tenemos un proceso de maduración. Además hay que estudiar muy bien a los organismos que aplicarán todo este tipo de sanciones. En este sentido considero que no es momento de sancionar un artículo muy novedoso, pero que no hace a nuestra cultura jurídica...” (VAZQUEZ FERREYRA, R. Dir., 2008).

Resumiendo, la inclusión de los daños punitivos en norma consumerista fue duramente criticada por la doctrina por su deficiente redacción, los supuestos de procedencia -incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor-, el destino de la multa que podría constituir un enriquecimiento sin causa a favor del consumidor, la solidaridad en la obligación que genera para todos los responsables y el monto impuesto como tope de la multa. La aplicación jurisprudencial tampoco fue muy feliz, contraviniendo la finalidad de la norma, condenándose en la mayoría de los casos a empresas de telefonía celular a un monto mínimo, desdibujándose el propósito ejemplificador y disuasivo del instituto.

Dado el carácter sancionatorio de los daños punitivos, quien los imponga deberá realizar una interpretación restrictiva para su aplicación, excepcional, debiendo estar fundada, respetando las

garantías propias del sistema represivo; quizás no los principios generales del Derecho Penal, pero sí a los del Debido Proceso establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional y concordantes en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN). Resulta totalmente laxa la previsión legal del art. 52 bis de la LDC que requiere para su procedencia, solamente, el incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor, ya que dejando un presupuesto tan amplio podemos suponer que comenzará a formar parte normal de todas las demandas derivadas de incumplimientos hacia el consumidor.

#### **5.- La aplicación en casos judiciales.**

Es de advertir que la aplicación jurisprudencial de este instituto, como lo adelantamos, también contravino la finalidad de los *punitive damages establecidas* en el derecho anglosajón y se impuso con las mismas falencias técnicas de que adolece la norma que comentamos.

El problema lo predijo PICASSO (2009), al poco tiempo de sancionada la norma: “el instituto cumplirá una función bien distinta: pasará, con bastante frecuencia, a ser parte de la cuenta indemnizatoria en los juicios de daños, al lado de los rubros 'tradicionales'. Ni se impondrá en los casos de inusitada gravedad, ni involucrará sumas elevadas (las únicas realmente disuasivas)”.

El primer caso que tuvo resolución en los tribunales argentinos fue el de “Machinandriarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares, decidido por la Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, de fecha 27/05/2009.

Se trataba de una persona discapacitada que accionó contra una compañía de telefonía por no haber podido ingresar a realizar un reclamo, en virtud de no contar las instalaciones de dicha empresa con una rampa de acceso para sillas de ruedas. Se impuso la suma de treinta mil pesos en concepto de daños punitivos, expresando el tribunal que “Para que la actuación de un proveedor merezca la

sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. *Nada más*<sup>91</sup>”. Aclarando, más adelante, que “El daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se dé cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos”, confirmando, de esta manera lo predicho por Picasso.

La mayoría de los casos de condenas a daños punitivos fueron en contra de empresas de telefonía celular y su monto fue mínimo, alejándose de la finalidad sancionatoria ejemplificadora y disuasoria de la norma.

Otro fallo relativo a la temática fue el dictado en la provincia de Córdoba, en el que se accionó debido a que el actor encontró flotando en el interior de una botella de gaseosa de marca Pepsi un cuerpo extraño, consistente en un envase de gel íntimo. La juez de primera instancia de la 5ª Nominación hizo lugar a los daños punitivos reclamados ya que la demandada encontrándose en condiciones de hacerlo, no acreditó la ruptura del nexo causal, implicando el hecho generador una negligencia grave, razón por la cual, se impuso el pago de la suma requerida de dos millones de pesos como daño punitivo, poniendo de manifiesto un sesgo hacia el verdadero sentido del instituto analizado.

Sin embargo, la Cámara Civil y Comercial N° 3 de la Provincia de Córdoba revocó el fallo de primera instancia, dejando sin efecto el rubro examinado atento a que consideró que no se había probado en autos la existencia de un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional de carácter sancionatorio, ya que “esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas

---

<sup>91</sup> El resaltado nos pertenece.

en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad... Desde esta perspectiva, mientras el solo hecho objetivo comprobado de que la botella de Pepsi que adquirió el actor tiene un vicio que la hace impropia para su destino y que la demandada no ha acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, son motivos suficientes para que prospere la acción por la que se persigue el resarcimiento del daño, esas mismas circunstancias no bastan para que se torne aplicable en el caso la multa civil peticionada” ya que “...la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina “*daño lucrativo*”, es decir, aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia. Llego a esa conclusión porque no surge del informe pericial, ni de ningún otro elemento de prueba y, más aún, ni siquiera ha sido invocado por el actor qué medida de precaución o control concreta considera que se omite o que podría añadirse para optimizar el resultado”. (Cám. Civ. y Com. de la Provincia de Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G s/ abreviados - otros”, 17/04/2012, La Ley Online: AR/JUR/8275/2012).

Dados estos casos como muestra, cabe concluir que en el tiempo transcurrido desde su incorporación a la LDC, el instituto no ha sido utilizado por los jueces como herramienta eficiente para producir la evitación de daños al consumidor.

#### **6.- La “Sanción Pecuniaria Disuasiva” en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Unificación con el Comercial. Algunas falencias.**

De lo expuesto surge que resulta necesaria una reforma a la figura *sub examine*, para adaptar sus límites a sus reales objetivos. El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial 2012 trata el tema en el art. 1714 y, asimismo, ordena la sustitución del art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, en este sentido:

*“Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.”*

La norma conserva la facultad judicial para decidir sobre la aplicación o no de la multa, siempre a petición de parte; y aclara que la finalidad de la misma es disuasiva, esto es preventiva *ex post facto*, un incentivo importante a los efectos de que el daño no se vuelva a producir.

Permítasenos dudar del cumplimiento de esta finalidad, máxime con el criterio con que los tribunales vienen aplicando este tipo de sanciones -mero incumplimiento legal o contractual-<sup>92</sup>. Más allá del monto resultante de la multa, que puede ser fijado con criterios más claros y resultar más severo para el demandado, la función que cumple principalmente esta figura es la de punir y no la de prevenir, como lo expresamos más arriba.

La norma proyectada dispone que esta sanción pecuniaria podrá ser impuesta a quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor, incorporándose aquí un nuevo factor de atribución subjetivo, cuyo alcance jurídico resulta difuso. Esta resulta una de las cuestiones más criticables de la norma, ya que, al haber optado por un factor de atribución subjetivo, podría haberse limitado a quien actúe de manera dolosa, incluyendo, también, supuestos de culpa grave. Ahora bien,

---

<sup>92</sup> Excepción hecha a la reciente solución de la Cám. Civ. y Com. N° 3 de Córdoba, en los autos comentados *supra*, en el que se requiere un factor subjetivo de atribución de la responsabilidad.

tal vez la disposición del art. 52 bis podría resultar operativa si se admitiese la presunción en contra del proveedor y, consecuentemente y en función del principio de las cargas probatorias dinámicas, se determinase la inversión de la carga de la prueba.

Señala DEMETRIO CHAMATROPULOS (2009) que se han usado distintos términos para definir a la intención subjetiva especial que determina la aplicación de los daños punitivos “... temeridad, malicia, indiferencia hacia el otro, etc. Pero en definitiva, siempre giraremos en torno a las nociones de dolo o culpa grave (“cuasi-dolo”). Es decir, para que se impongan daños punitivos, será necesario que se compruebe que el agente dañador violó deliberadamente un deber a su cargo (dolo), o bien que, sin acreditar tal propósito, la falta de diligencia en el cumplimiento del mismo ha sido tan grosera, que resultaría difícil creer (a menos que seamos muy ingenuos) que se trate de un acto no intencional (culpa grave)”.

Más adelante, se aclara que la sanción será fijada siguiendo los parámetros establecidos en el texto legal; esto es, las circunstancias fácticas del caso y, en especial: *la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales civiles o administrativas*. Además, se prevé que se asignará a la sanción impuesta el destino que establezca fundadamente el juez; pudiendo éste dejar sin efecto total o parcialmente la sanción en el supuesto en que la coexistencia de condenaciones penales, civiles o administrativas tornen a la pena irrazonable o excesiva.

La mencionada compensación resulta contradictoria, ya que el art. 930 del Proyecto, en su inciso h. establece que la obligación de pagar una sanción pecuniaria disuasiva no es compensable<sup>93</sup>. Por otra parte, debemos tener en cuenta que las otras sanciones o condenaciones persiguen diferentes

---

<sup>93</sup> Cfr. LOVECE, G. (2012).

objetivos. Entonces, deberán armonizarse los criterios hacia el interior del propio Proyecto de reformas, a fin de proteger su coherencia.

Otra de las cuestiones que resultan criticables es el amplísimo arbitrio judicial que la norma prevé desde su aplicación, fijación del monto, hasta su destino; y es dable en este punto aclarar que tan amplio margen de discrecionalidad judicial traerá consigo dispares resultados en la aplicación de la norma que podrían llegar al *escándalo jurídico*. Por todas estas cuestiones resulta lícito concluir que la reforma proyectada no se ha hecho eco de todos los inconvenientes que la doctrina ha señalado para la justa aplicación de los daños punitivos en el Derecho argentino.

Más aun, los autores del Proyecto se han manifestado contrarios a la incorporación de los daños punitivos en nuestro sistema jurídico<sup>94</sup> aunque, ante la factibilidad de la reforma, eligieron no derogarlos, contrariamente a lo manifestado en sus publicaciones anteriores. Además, extendieron la procedencia del instituto a los casos de daños en los derechos de incidencia colectiva.

## **7.- Conclusión y recomendaciones.**

De lo expuesto hasta aquí, podríamos concluir que no estamos convencidos de la potencialidad preventiva que esta institución pretende cumplir, ante la inminente reforma de la legislación civil y comercial en lo atinente a las funciones de la responsabilidad civil, tal lo proyectado en el Libro Tercero: De los derechos personales, Título V: De otras fuentes de las Obligaciones, Capítulo I: Responsabilidad Civil, Sección 1ª Disposiciones generales y Sección 2ª De la función preventiva y la sanción pecuniaria disuasiva y la modificación planteada al art. 52 bis de la LDC, recomendamos:

1.- La inclusión de los factores de imputación subjetivos dolo o culpa grave en la violación de los derechos del consumidor.

---

<sup>94</sup> Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., 1993 y LORENZETI, R. 2009.

2.- Establecer que la sanción tendrá el destino que le asigne el juez por resolución fundada, pudiendo optar por consagrarla al consumidor o al fondo establecido en el art. 47 de la LDC, o a ambos, en las proporciones que éste resuelva atendiendo a las circunstancias del caso.

3.- Eliminar las dos últimas oraciones del artículo 52 bis de la LDC en el Proyecto en lo relativo a la acumulación de sanciones pecuniarias y la posibilidad judicial de dejarlas sin efecto, en virtud de resultar contradictorias con lo dispuesto por el art. 930 del Código proyectado.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BUERES, A. J. y PICASSO, S. (2011) La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

BUSTAMANTE ALSINA, J. (1994) Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires: LA LEY 1994 – B.

CHAMATROPULOS, D. (2009) *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2011) Los daños punitivos en el derecho continental europeo. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1993) ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino? *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XXXVIII, segunda época, N° 31.

LORENZETTI, R. (2009). *Consumidores*. Segunda Edición Actualizada. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

LOVECE, G. (2012) De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el proyecto de código, p. 3. *La Ley*. Año LXXVI 144, jueves 2 de agosto de 2012.

PICASSO, S. (2009) Comentario al artículo 52 bis de la ley 24.240, en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREYRA, R. *Ley de defensa del consumidor comentada*. Buenos Aires: LA LEY.

PIZARRO, R. y VALLESPINOS, C. (1999) *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 3. Buenos Aires: Hammurabi.

PREVOT, J. M. (2011) La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

VÁZQUEZ FERREYRA, R. (Dir.) (2008) *Reforma a la Ley de Defensa al Consumidor. Doctrina. Texto ordenado de la ley 24.240. Antecedentes parlamentarios. Análisis normativo*. Buenos Aires: LA LEY.

VERGARA, L. (2011) La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la legislación argentina. *Revista de Derecho de Daños*, 2011 (2). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

**III JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO DEL CONSUMO Y I**

**INTERNACIONALES.**

**PONENCIA TEMA :**

**CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y EN EL REGIMEN  
DE TARJETA DE CREDITO**

**SUMARIO:** INTRODUCCION: 1- 1- INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO 1-2 -CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS -1-3CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS SEGÚN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR 1-4-CONTROL DE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS 2-EFECTOS DE LAS CLAUSULAS- 3- CLAUSULAS ABUSIVAS SEGÚN LA LEY DE TARJETA DE CREDITO .3-1 'CLAUSULAS PREVISTAS EN EL ART. 14 DE LA LEY DE TARJETA DE CREDITO.3.2 ANALISIS DE ASPECTOS PARTICULARES DE LAS CLAUSULAS. 3-3 OTROS SUPUESTOS DE CLAUSULAS ABUSIVAS NO CONTEMPLADOS EN LA LEY 25.065 NI 24.240 .3 -4 CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INSERCIÓN FRECUENTE:3- 5 CLAUSULAS DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD 3-6.-CLAUSULAS ABUSIVAS INCLUIDAS EN CONTRATOS VIGENTES DE TARJETA DE CREDITO. CONCLUSIONES

**AUTOR: TORRACO SUSANA BEATRIZ**

ABOGADO. (UNLP) MAGISTER EN DERECHO PRIVADO ( UNR)

T°XXX F° 455 CALP.

**DOMICILIO:** CRISTOFOL 125. PIROVANO (6551) PCIA BS AS

TEL 02314-492202 - CELULAR 02314-15531418

## **INTRODUCCION:**

### **1-1- INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO**

En el marco de los contratos por adhesión destinados al consumo es altamente frecuente la inclusión por parte del predisponente de cláusulas que vulneran los derechos del adherente de manera expresa o en forma solapada, que constituyen cláusulas abusivas y desequilibran las prestaciones. “Es frecuente que quienes detentan un mayor poder de negociación, lo hacen de modo desleal, sea porque se valen de cláusulas oscuras, confusas o contradictorias, sea porque las utilizan como eficaces mecanismos de traslación de riesgos que se expresan en cláusulas abusivas, írritas o vejatorias que al desequilibrar el contenido del contrato en desmedro del consumidor obligan a fijar límites a su fuerza vinculante.”<sup>95</sup> Esas cláusulas abusivas en la contratación, con especial referencia al régimen de las tarjetas de crédito son el objeto de la presente ponencia. Cuando utilizamos el término tarjeta de crédito, identificamos este negocio jurídico complejo, en sentido general y también en forma específica designamos al instrumento físico, tarjeta, plástico que en poder de un usuario lo acredita como adherido al sistema. Muguillo ha caracterizado al instituto como un negocio jurídico “necesaria o típicamente formal, complejo, de crédito, plural, de constitución múltiple y

---

<sup>95</sup> HERNANDEZ Carlos “Impacto del régimen de defensa del consumidor en la teoría gral del Contrato”. Cita a Alfaro AGuila –Real en Fundamentos del dcho contractual”. NICOLAU N. Edit. L A Ley Ba A.. 2009 p. 435.

sucesiva , integrado por adhesión y de cumplimiento continuado , diferido o periódico. Es un contrato de uso de crédito eventual.<sup>96</sup>

El contrato está regulado por la ley 25.065, que en su art 1º expresa al respecto: “ Se entiende por sistema de tarjeta de crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es:

- a) Posibilitar al usuario efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras , obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridos .
- b) Diferir para el titular responsable el pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato.
- c) Abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados.”

Por lo tanto, en la práctica, las tarjetas de crédito permiten a su titular la financiación parcial de sus gastos mediante el diferimiento de la obligación de pago en base a una línea de crédito concedida previamente.<sup>97</sup> La tarjeta de crédito permite que la persona que adquiere bienes y servicios a través de ella supere “dos temores cotidianos y universales: el temor a perder dinero el temor a no poder comprar algo que necesitamos”<sup>98</sup> .

El adherente en el contrato de tarjeta de crédito es un consumidor y por lo tanto se encuentra comprendido dentro del universo de la ley de defensa del consumidor. También en su rol de

---

<sup>96</sup> MUGUILLO, Roberto “, Tarjeta de crédito”Edit. Astrea. Bs. As. 2004. p. 25

<sup>97</sup> PAOLANTONIO, Martín, “Régimen legal de la tarjeta de crédito.” Edit. Rubinzal Culzoni.Santa Fe 1999.pág.33

<sup>98</sup> FARINATTI,Eduardo”Tarjeta de crédito” trabajo publicado en SJA 19-08-09

adherente es parte de un contrato con regulación legal propia. Es decir es el sujeto que se vincula con los dos microsistemas , por ser también consumidor y por estar prevista en la ley especial la integración normativa entre ambos.

En el desarrollo del negocio de tarjetas de crédito , podemos distinguir dos planos: el normativo y el fáctico. . El legislador al elaborar las normas que regulan el régimen legal de la tarjeta de crédito ha tratado de cubrir el más amplio espectro de situaciones a producirse en el funcionamiento del negocio, y ha caracterizado las cláusulas que han de tenerse por abusivas dentro de los contratos. Esta enumeración, por más que sea exhaustiva no es suficiente, y debe complementarse con la regulación de cláusulas abusivas para los contratos de consumo en general que se encuentra en el articulado de la LDC.. Es en este microsistema que encontramos estándares más generales de identificación de cláusulas abusivas y que por lo tanto pueden resultar comprensivos de mayor número de supuestos. Se considera que resulta insuficiente la suerte de catálogo de cláusulas que se encuentran previstas en la ley especial así como en las resoluciones administrativas, porque permanentemente están apareciendo nuevas situaciones de abusividad, ya que las conductas abusivas pueden exteriorizarse a través de cláusulas y prácticas.

## **1-2 -CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

**Son cláusulas abusivas** las que se imponen unilateralmente por una de las partes, perjudicando de manera inequitativa a la otra , o determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores o usuarios aunque también de cualquier contratante que no llegue a revestir el carácter de

consumidor.<sup>99</sup> . Las cláusulas deben significar ya en sí mismas o por su conjunto, una intolerable e irrazonable dureza para el cocontratante derivada, no de haber realizado sencillamente un mal negocio, sino de una postura unilateral y abusiva del estipulante, manifestada generalmente como una conducta continua en sus negocios.” Se dice que una cláusula es abusiva cuando se presenta en contra de las exigencias de la buena fe o causa un desequilibrio importante e injustificado en detrimento de uno de los contratantes.<sup>100</sup>

### **1-3- CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS SEGÚN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

En el art. 37 de la ley de defensa del Consumidor se señalan los criterios para considerar a una cláusula como abusiva bajo el acápite : **DE LOS TERMINOS ABUSIVOS Y CLAUSULAS INEFICACES** —“ *Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;*

*b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;*

*c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*

*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.*

---

<sup>99</sup> TINTI, Guillermo.”El abuso en los contratos”.Edit. Abaco . Bs. As. 2002. p. 81

<sup>100</sup> TINTI, Guillermo “El abuso en los contratos”.Edit. Abaco. Buenos Aires. 2002. p. 77

*En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.*<sup>101</sup> Se objetiva la noción de contrato, obligando también a apreciar con criterios objetivos el carácter abusivo de las cláusulas que forman su contenido. Se distinguen dos estándares de apreciación : a) la desnaturalización de las obligaciones y b) la renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte. “Se trata conforme lo reconoce mayoritariamente nuestra doctrina de nociones dependientes del concepto central de pérdida del equilibrio entre las prestaciones y deberes del contrato”<sup>102</sup> También respecto a esta previsión del inc. a las cláusulas que desnaturalicen obligaciones, ha de entenderse que se refiere a cláusulas que se aparten de lo razonable en cuanto a las obligaciones a cumplir , estaríamos dentro de lo que sería la previsión normal del buen hombre de negocios. Las cláusulas que impliquen modificación unilateral del contenido, también podrían comprenderse dentro de las que desnaturalizan obligaciones. Es común en el caso del contrato de tarjeta de crédito, la facultad unilateral del emisor de modificar los cupos de crédito a través de la modificación del límite de compras.

---

<sup>101</sup> En el decreto 1798/94, reglamentario de la ley 24.240 se consideran como abusivas a las que “ *afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes.*” (anexo I. art. 37) También se establece que “*la autoridad de aplicación notificará al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el art. 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y el término que la autoridad le fije. En caso de incumplimiento será pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de la Ley 24.240.*” (anexo I. art. 38).

<sup>102</sup>HERNANDEZ Carlos. “ Impacto del régimen de defensa del consumidor sobre la teoría gral del cto.” En NICOLAU, Noemí Lidia . “Fundamentos del derecho contractual”. Edit. La ley. Bs. As. 2009. p. 440 . Se cita a Hernández, Moggia de Samitier, Pita y Sozzo, Pizarro y Varizat.

Stiglitz propone que la expresión desnaturalización de la relación obligacional , se debe entender en el siguiente sentido . “a) por aplicación de una o más cláusulas predisuestas se amplíen los derechos del predisponente , b) o atribuyan en su favor la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida , c) o por las que se reduzcan o suprimen cargas u obligaciones ,d) o desde la perspectiva inversa cuando se amplíen las cargas u obligaciones del adherente, e) o se supriman o modifiquen en su contra ,sus derechos “ y de todo ello resulte un desequilibrio de los derechos y las obligaciones de tal entidad, que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses , al afectarse la relación de equivalencia.”<sup>103</sup>

En la previsión del inc b) cláusulas que importen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte. La intención es no favorecer desequilibrios contractuales mediante renunciaciones o ampliaciones de derechos. Esta es una de las previsiones que mayor abanico de cláusulas abusivas comprende . Es común la renuncia a la jurisdicción del consumidor que suele predisponerse. Va de suyo que toda vez que se restrinjan los derechos del consumidor se amplían los del comerciante, incluye también las cláusulas por las que el predisponente limita los medios de prueba que puede utilizar el consumidor.<sup>104</sup> La ley en realidad se refiere a obligaciones del empresario cuyo acreedor es el consumidor. Para establecer cuáles son los créditos irrenunciables hay que atender a la ley y a sus fuentes de integración legal. Puede señalarse que los principales serían: a un mercado de competencia razonable (ley 22262, a la lealtad comercial, (ley 22802) a la información, arts 4, 7 y ss. Ley 24240 y ref) a la seguridad,<sup>105</sup> Naturalmente , agrega Lorenzetti “ los principios

---

<sup>103</sup> STIGLITZ Rubén y STIGLITZ Gabriel A. “Ley de defensa del consumidor” en “Defensa de los consumidores de productos y servicios”.Obra colectiva dirigida por Gabriel STIGLITZ. Edic. La Rocca. Bs. As. 2001. p. 47

<sup>104</sup> FARINA Juan M. “Defensa del consumidor y del usuario”Edit. Astrea. Bs. AS. 2000. p. 360

<sup>105</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “Consumidores”. Ed. Rubinzal Culzoni. Rosario. 2004. p. 248

generales de buena fe, equidad, abuso del derecho, pueden ser factores de integración contractual incorporando nuevas situaciones.”

Respecto a la renuncia de derechos del consumidor, no es la sola renuncia sino el resultado al que ésta lleva, lo que resulta abusivo. No se trata de que el consumidor no pueda renunciar a nada, sino que no pueden imponérsele renunciaciones en el camino de acceso al servicio o que desequilibren la justicia conmutativa del contrato.<sup>106</sup> En la contratación entre emisor y usuario se detecta una sistemática derogación de las normas legales supletorias provenientes de la decisión del predisponente, en el sentido que reflejan los términos del inc. c) del art. 37 de la LDc y del art. 14 inc. a) de la Ley de Tarjeta de crédito.<sup>107</sup> Algunas de estas cláusulas usuales son las que facultan al emisor a rescindir unilateralmente el contrato, derogatorias de la competencia, de modificación de límites de compras, de prórroga o renovación automática del contrato etc.

En el caso del inc. c) en cuanto a las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba se estaría señalando un criterio de índole más particular, pero igualmente prohibidas para ser alteradas convencionalmente en caso de relaciones de consumo. Constituyen auténticas cláusulas de irresponsabilidad.. No se pueden alterar convencionalmente estos principios derogando reglas probatorias perjudicando al consumidor, dificultando su derecho de probar.<sup>108</sup>

#### **1-4-CONTROL DE INCLUSION DE CLAUSULAS ABUSIVAS**

---

<sup>106</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “Consumidores”. Op.cit p. 249

<sup>107</sup> WAYAR, Ernesto. Op. Cit. P. 243.

<sup>108</sup> LORENZETTI, Ricardo L. op. Cit. P. 274-275

En relación al control de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de consumo la ley prevé que la autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas, con lo que dispone el control administrativo previo. Esta vigilancia adjudicada a la autoridad de aplicación puede ser ejercida, de oficio, por denuncia de quien invoque un interés particular o por denuncia de asociaciones que actúen en defensa del interés general de los consumidores. ( art. 45 y 55 Ley 24.240. A la decisión de la autoridad de aplicación se precede una instancia conciliatoria en que las partes podrán ofrecer prueba. Podrá tener las cláusulas que se consideren abusivas como “no convenidas”. Su decisión puede ser recurrida judicialmente, atento su carácter de organismo administrativo. De ese modo, “en primer lugar se propugna la adecuada “inclusión” de las cláusulas prerredactadas, que exige el suficiente conocimiento de las mismas por parte del adherente. La cuestión guarda directa relación con el deber de información en la fase precontractual ya que persigue la emisión de un consentimiento esclarecido y por lo tanto plenamente eficaz”<sup>109</sup>. Estas atribuciones surgen de la ley 24.240 y de su decreto reglamentario 1798/94.

De esta manera se habilita el control judicial del contenido del contrato. Aparece entonces, la tarea del juzgador, cuya función “ será intervenir en la cláusula abusiva y neutralizarla encaminándola de manera manifiesta hacia un resultado justo borrando su coloración inequitativa.”<sup>110</sup>. Cabe destacar en este punto, en relación al régimen de tarjeta de crédito que el art. 37 tiene a las cláusulas abusivas

---

<sup>109</sup> HERNANDEZ, Carlos “ Impacto del régimen de defensa del consumidor sobre la Teoría Gral del Contrato. “ en “Fundamentos del derecho contractual” Nicolau Noemí L. La Ley. 2009. p. 435.

En la cita al pie hace referencia a que judicialmente se consideró ineficaz una cláusula sobre intereses inserta en un contrato de tarjeta de crédito, habida cuenta de que no sólo había sido confusamente predisuelta, sino que además no se había otorgado coetáneamente la información necesaria para que el usuario desentrañara el sentido y alcance de la misma. Ver la causa “FINVERCON S.A C/ PIERRO CLAUDIA A . Incom. Sala B. abril 28-1998. Este fallo se comenta en este trabajo en el capítulo de prácticas abusivas.

<sup>110</sup> REZZONICO; Juan Carlos. “Contratos con cláusulas predisuestas” Edit . Astrea. Bs.As. 1987. p. 611

como no convenidas, y sin perjuicio de la validez del contrato, y el art. 14 de la LTC las califica como nulas. Esta cuestión es susceptible de ser analizada en la integración normativa de ambos microsistemas.

## **2-EFECTOS DE LAS CLAUSULAS : Ineficacia. Nulidad parcial**

Sin perjuicio de lo regulado en las normas protectorias de los consumidores, y del usuario de la tarjeta de crédito en particular es de larga data la postura unánime de la doctrina y jurisprudencia, en cuanto a la calificación de nulas para todas aquellas condiciones generales consideradas abusivas.<sup>111</sup> La vulnerabilidad del consumidor es la que lo obliga a aceptar cláusulas abusivas y por esta razón la ley habla que se tendrán por “no convenidas”. Es evidente la finalidad de evitar la imposición contractual abusiva.<sup>112</sup>

Gherzi señala que, la homogeneidad contractual y la prerredacción de las condiciones del negocio favorecen, desde la perspectiva del contratante poderoso, la inclusión de cláusulas leoninas o vejatorias a las que les es aplicable la doctrina acuñada en torno a la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.<sup>113</sup>

En caso de encontrarnos frente a la inclusión de cláusulas abusivas

“Se establece la nulidad parcial en caso de violación del deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, transgresión del deber de información, transgresión de

---

<sup>111</sup> WAJNTRAUB, Javier. “Las condiciones generales de contratación y la cuestión de las cláusulas abusivas y ambiguas.” Jurisprudencia Argentina. 1999.I. pág. 892 y ss.

<sup>112</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “Consumidores”. Edit. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003. p. 237

<sup>113</sup> GHERSI, Carlos Alberto. “Contratos Civiles y Comerciales. Tº II. Edit. Astrea. BS. As. 1998. Págs249.

la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial. Esta nulidad es absoluta porque surge de violaciones al orden público contractual. <sup>114</sup>

Atento la existencia de un orden público de protección, lo que se pretende no es la nulidad, entonces se utilizan técnicas para transformar el negocio, en este sentido, la sustitución automática de cláusulas abusivas puede ser apreciada como técnica para esa finalidad. . Un negocio es eficaz, cuando produce los efectos queridos por las partes, contrariamente, la ineficacia es la privación de esos efectos por alguna causa establecida en la ley. <sup>115</sup>En cuanto al carácter parcial de la nulidad, no se está ante la situación prevista en el art. 1039 CC ni 953 CC, debido a que la ley modifica expresamente este criterio al indicar que se tendrán por no escritas pero que el negocio continúa y señalar la integración como solución. <sup>116</sup>. Es decir, que el contrato subsiste, pero es ineficaz la cláusula prohibida., conforme los principios de la ley de defensa del consumidor y del art. 1198 del C.C. <sup>117</sup>

### **3- CLAUSULAS ABUSIVAS SEGÚN LA LEY DE TARJETA DE CREDITO**

Hemos visto la regulación legal en la Ley de Defensa del Consumidor acerca de las cláusulas abusivas, pero atento la existencia de multiplicidad de contratos de consumo, y dado que en el contrato de tarjeta de crédito, está regulado por la Ley 25.065 que regula especialmente el régimen, amerita un análisis particularizado, atento la tutela especial que requiere el adherente de este contrato

---

<sup>114</sup> LORENZETTI, Ricardo L. “Consumidores”. Op. Cit. P. 252

<sup>115</sup> LORENZETTI, op. Cit. P. 252

<sup>116</sup> LORENZETTI, op. Cit. P. 256

<sup>117</sup> TINTI, Guillermo “El abuso en los contratos”. Edit. Abaco. Bs.As. 2002. p. 81.

En su art. 14 la LTC establece un listado de las cláusulas abusivas , que se complementa con otras disposiciones de la propia ley y de la ley 24240., reformada por la ley 26.361

Conforme lo dispuesto por el art. 57 LTC, las disposiciones contenidas en la misma son de orden público, por lo que la sanción en caso de violación de sus normas es la nulidad absoluta, sea del contrato (ex art. 13, LTC) sea de la cláusula. Por otra parte, el art. 3° de la LTC remite a lo dispuesto por la ley 24240 cuyas disposiciones también revisten el carácter de orden público con la consiguiente sanción en caso de incumplimiento.<sup>118</sup>

El art. 14 de la LTC establece una casuística de cláusulas que serán calificadas de nulas en caso de encontrarse en el contrato.<sup>119</sup>: "Las citadas en el artículo son algunas de las especies de cláusulas abusivas que se relacionan expresamente con el sistema de tarjeta de crédito. Debido a la existencia

---

<sup>118</sup> (MOEREMANS, Daniel, "Cláusulas abusivas en materia de contrato de emisión de tarjetas de crédito". La Ley . T° 2001-B. . Buenos Aires. 2001.pág. 1250)

<sup>119</sup> Art. 14 LTC "Serán nulas las siguientes cláusulas :

- a) *Las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos que otorga la presente ley.*
- b) *Las que faculten al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato.*
- c) *Las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago del resumen*
- d) *Las que impongan costos por informar la no validez de la tarjeta, sea por pérdida , sustracción, caducidad o rescisión contractual.*
- e) *Las adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación.*
- f) *Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral incausada.*
- g) *Las que impongan compulsivamente al titular un representante.*
- h) *Las que permitan la habilitación directa de la vía ejecutiva por cobro de deudas que tengan origen en el sistema de tarjetas de crédito.*
- i) *Las que importen prórroga a la jurisdicción establecida en esta ley.*
- j) *Las adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de tarjeta de crédito*

de doble legislación, si alguna de las cláusulas abusivas se inserta en un contrato de emisión, aunque no se encuentre entre los incisos enunciados precedentemente en el art. 14 LTC podrá ser anulada o tenerse por o convenida de acuerdo a la regla general del art. 37 de la LDC.<sup>120</sup>.

### **3-3 OTROS SUPUESTOS DE CLAUSULAS ABUSIVAS NO CONTEMPLADOS EN LA LEY 25.065 NI 24.240**

La enumeración contenida en el art. 14 de la LTC, no implica que sea taxativa de las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas en el contrato de emisión.. Considerando la integración normativa de la LTC con la LDC, y las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el art. 37 L.D.C., Paolantonio considera que cabe ampliar la enumeración del art. 14 LTC con los siguientes supuestos de cláusulas cuya inclusión en el contrato de emisión debe reputarse ineficaz. ;(arg. Arts.3° LTC y 37 L.D.C) : las que exoneren la responsabilidad del emisor, incluyendo aquéllas que pretenden hacer recaer en el titular las consecuencias de errores o defectos del sistema, las que impongan al titular la asunción irrazonable del caso fortuito(p.ej.. por el robo de la tarjeta ).las que requieran que el titular constituya garantías adicionales durante la vigencia del contrato, a requerimiento discrecional del emisor ( p. ej. presentación de “garantes”) Esta situación puede hacerse extensiva a las cláusulas que imponen la solidaridad recíproca de los beneficiarios de tarjetas adicionales.

a) Las que permitan el débito de los saldos de cuentas bancarias cuando el titular ha iniciado el procedimiento de impugnación del resumen, (arts. 26 LTC ) o en cualquier hipótesis la

---

<sup>120</sup> PAOLANTONIO, OB. CIT. “La expresión cláusula abusiva debe tomarse como sinónimo de cláusulas opresivas, onerosas o excesivas. Su existencia es una manifestación de la quiebra del equilibrio entre las partes, normalmente verificada en los contratos por adhesión en los cuales el estipulante o predisponente se adjudica todas las ventajas en detrimento del adherente, al que se le imponen todas las cargas del contrato. Así por ejemplo el art. 3 de la Directiva 93/13 de la Unión Europea, considera como cláusulas abusivas a las que no se han negociado individualmente , y con independencia de las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato

ejecución del saldo deudor de cuenta corriente integrado por las deudas derivadas del uso de la tarjeta (ver art. 42 L.T.C)

b) En la misma situación precedente, las cláusulas que autoricen la compensación con saldos en cuenta,

c) Las que impidan al titular dejar sin efecto en cualquier tiempo una instrucción de débito automático del saldo de la tarjeta.

d) Las que permitan una variación discrecional de las tasas de intereses compensatorios o punitivos.

e) Las que exoneren la responsabilidad del emisor por la falta de envío del resumen, mediante la imposición de la obligación al titular de retirar una copia de la sede del emisor.

f) Las que impongan exigencias irrazonables o excesivas para dar curso al procedimiento de impugnación del resumen.<sup>121</sup>

En su art. 46 la LTC establece que carecerán de efecto las cláusulas que impliquen exoneración de responsabilidad de cualquiera de las partes que intervengan directa o indirectamente en la relación contractual. Mediante estas cláusulas se pretende eludir el programa normativo en materia de asignación, transfiriendo tales riesgos a la otra parte. El consumidor vemos que acepta la cláusula por su disminuído poder de negociación.<sup>122</sup>

### **3-6.-CLAUSULAS ABUSIVAS INCLUIDAS EN CONTRATOS VIGENTES DE TARJETA DE CREDITO**

---

<sup>121</sup> PAOLANTONIO...OB. CIT. Pág. 70 y 71

<sup>122</sup> LORENZETTI Ricardo L. "Consumidores". Edit. Rubinzal Culzoni. Santa fe. 2003. p. 270

Del análisis de contratos de emisión de tarjeta de crédito correspondientes a distintos bancos en la actualidad, pueden distinguirse las siguientes cláusulas abusivas y que han sorteado el control previo de la autoridad de aplicación: En el contrato de tarjeta de Crédito VISA del Banco Hipotecario se encuentra la siguiente cláusula: “ si el Banco decidiese no renovar el contrato y sus tarjetas no estará obligado a comunicarlo al titular.””No obstante el Banco deberá notificar al Titular en los tres últimos resúmenes anteriores al vencimiento de la relación contractual la fecha en que opera el mismo.

Otra cláusula abusiva se refiere a la extensión de responsabilidad solidaria por parte de los titulares adicionales Esta cláusula es a todas luces abusiva por configurar una red de responsabilidad solidaria recíproca a personas cuyo único denominador común es de tener tarjetas adicionales.

### **CONCLUSIONES :**

- . El adherente al contrato de tarjeta de crédito necesita tutela particularizada , en atención a que la norma especial , resulta insuficiente a estos propósitos tuitivos porque es una ley reguladora del negocio , que contempla aspectos protectorios pero su espíritu fundante no es la tutela de la parte débil, finalidad que sí tiene la Ley de Defensa del Consumidor.
- -El control de inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de tarjeta de crédito y de las prácticas durante toda la ejecución del mismo , debe hacerse en forma efectiva ya que aún se insertan cláusulas y se ejercen prácticas comerciales abusivas a pesar de la regulación legal, por lo que es evidente que no resulta operativa..
- -Una mejor respuesta frente a las cláusulas y prácticas abusivas , en el contrato de Tarjeta de Crédito sería regularlas en la ley especial con mayores niveles de generalidad, siguiendo el derrotero de la Ley de Defensa del Consumidor a fin de resultar comprensiva de mayor

número de supuestos . Es necesario introducir la protección contra las prácticas abusivas, la oferta y la publicidad capciosa y agresiva y garantizar el derecho a la información del adherente, aspectos por los que se ameritaría la actualización de la Ley de Tarjeta de Crédito atento la reforma integral introducida al microsistema del consumo por la ley 26.361 .<sup>123</sup>.

- La normativa ha de interpretarse en forma integral y armónica , aplicando al caso y contrato concreto las normas que resulten más favorables al consumidor , teniendo en cuenta la prelación consagrada por el legislador. Respecto a la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, se observa que el control administrativo previo cumple una función preventiva pero resulta insuficiente, si no se efectúa operativamente el control por parte de la autoridad de aplicación y sólo se limitan a cumplir con la presentación del contrato ante la misma
- .Esta realidad a la que se enfrenta el consumidor y particularmente el adherente en el régimen de Tarjeta de crédito lo hace sujeto acreedor a una tutela particularizada para la cual habrá que recurrir a la integración normativa de los microsistemas de tarjeta de crédito y del consumo , con más el precepto constitucional del art. 42 que reconoce y brinda lineamientos para la protección de la relación de consumo, enmarcado en principios rectores del derecho privado tal la buena fe y la confianza, en el cauce que marca la teoría del abuso del derecho, que actúa como contención y limitante de las conductas de los sujetos intervinientes. La excesiva casuística y las taxonomías que se observan en la ley de tarjeta de crédito -sin considerarlas inapropiadas- resultan de tan descriptivas, insuficientes, ante la profusa aparición de nuevas situaciones. Se trata de diseñar políticas activas para eliminar las prácticas abusivas, y para ello es imprescindible reforzar el conocimiento y adecuada difusión de los derechos que son

---

<sup>123</sup> TINTI, Guillermo “El abuso en los contratos”.Edit. Abaco. Buenos Aires. 2002. p. 77

inherentes al rol de usuario/consumidor, a fin de que mediante la educación y el pleno ejercicio del derecho a la información se tome conciencia de que es la única forma de poner coto al poder de los bancos y emisores de tarjetas de crédito .

III Jornadas Rioplatenses de Derecho del Consumidor. I Jornadas Internacionales de  
Derecho del Consumidor. Mar del Plata 2012

**TÍTULO DE LA PONENCIA:** Recepción del Derecho del Consumidor en el proyecto de Código Unificado y sus relaciones con la Ley de Defensa del Consumidor 24.240: *Integración de las normas relativas a “deber de información”*.

**Autores:**

Francisco Junyent Bas [fjunyentbas@gmail.com](mailto:fjunyentbas@gmail.com)

Andrés Federico Varizat [varizat@gmail.com](mailto:varizat@gmail.com) 0358- 154-026143

María Constanza Garzino [coti\\_garzino@hotmail.com](mailto:coti_garzino@hotmail.com)

(Cátedra de Derecho del Consumidor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba) (U.N.C)

**RESUMEN DE CONTENIDO:** La ponencia se propone poner de manifiesto: a) Que el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio del año 2012, realiza una importante recepción del deber de información en el ámbito del derecho del consumidor. b) Que en comparación con la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (de aquí en más LDC), el Proyecto de Código ha *ampliado* los alcances del deber de información especialmente en lo relativo a nuevos supuestos específicos de aplicación. c) Que a los fines de posibilitar una mejor *integración* entre el deber de información receptado en el Proyecto de Código y en la LDC, resulta válido distinguir la diferente naturaleza de las normas que lo aceptan (generales o *abiertas* y normas *específicas*) y los diferentes supuestos de aplicación regulados.

**1) EL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR**

El problema de las desigualdades informativas, y el consecuente deber de información es una temática de trascendente importante en el derecho privado en general y en el Derecho del Consumidor en particular.

En esta inteligencia, Farina<sup>124</sup> considera que este derecho a la debida información y su correlativo deber impuesto al proveedor tiene carácter de principio general del derecho del consumidor, como lo consagra el art. 42 de la Constitución Nacional.

En esta inteligencia, la información tiene una doble vertiente, pues por un lado es un derecho esencial de los consumidores y usuarios y, por el otro, constituye una obligación para el proveedor u oferente de los bienes o servicios.

Por su parte, Rinesi<sup>125</sup> destaca que el sistema de protección jurídica del consumidor, en torno al deber de información del empresario, se integra con la disciplina que en materia de identificación de mercaderías y publicidad comercial estatuye la Ley 22.802 de Lealtad Comercial.

Como bien se ha señalado, el fundamento del deber de informar está dado por la desigualdad que presupone que una de las partes se encuentra informada y la otra desinformada sobre un hecho que gravite o ejerza influencia sobre el consentimiento, de tal suerte que el contrato no hubiera llegado a perfeccionarse o lo hubiera sido en otras condiciones.

Así, Stiglitz<sup>126</sup> considera que puede caracterizarse a la información como un elemento de conocimiento suministrado espontánea u obligatoriamente por una parte, la que se haya informada, a la otra, que por su debilidad negocial, se constituye en acreedora de dicha información.

En igual sentido, Pinese y Corbalán<sup>127</sup> expresan que bien puede anotarse que la información se orienta a la formación del consentimiento y, de ese modo se tiende a preservar la igualdad de las partes en la relación de consumo, aun cuando la asimetría entre el proveedor y el consumidor no sólo se reduce a la desinformación.

En definitiva, la información, como derecho de los consumidores, se refiere a que ésta constituya el medio para formar opinión y producir decisión, de manera tal que dicho deber no sólo versa sobre los conocimientos que posea el proveedor, sino sobre la manera en que lo suministra y cómo llega al consumidor<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> FARINA, Juan M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", Tercera edición, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 62.

<sup>125</sup> RINESI, Antonio, "Relación de consumo y derechos del consumidor", Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 143.

<sup>126</sup> STIGLITZ, Rubén, "El deber de información y los vicios del consentimiento", LA LEY, 2005-C, 1444.

<sup>127</sup> PINESE, Graciela; CORBALÁN Pablo, "La ley de Defensa del consumidor, Ley 24.240 modificada por la 24.568, 24.787, 24.999, 26.361", citada por MAC DONALD, Andrea Fabiana, en: "El deber de información y la publicidad en el consumidor", [www.laleyonline.com](http://www.laleyonline.com).

<sup>128</sup> RINESI, Antonio, "Relación de consumo y derechos del consumidor", Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 144/145.

Así, LORENZETTI resume las notas distintivas del deber de información de la siguiente forma: a) El deber de información configura un instrumento de tutela del consentimiento pues otorga a los consumidores la posibilidad de conocer todos los extremos del contrato; b) La información debe contener todos los datos necesarios para conocer los bienes y/o servicios sobre los cuales se establezca la relación contractual; c) Se debe dar a conocer todo lo relativo a la funcionalidad de la cosa o servicio; d) Por su parte, esta obligación debe brindar todas las etapas de la negociación, desde las preliminares hasta la extinción del contrato; e) Asimismo, la Ley 24.240 integra la información con la publicidad, y tiene aspectos específicos en la venta, art. 10 y 10 bis, en los servicios, art. 19 y 20, y en el crédito, art. 36; f) Por último, cabe puntualizar que el incumplimiento del deber de información es de carácter objetivo<sup>129</sup>.

Sin embargo, cabe puntualizar que el deber de información si bien no se receptaba de manera expresa en nuestro sistema jurídico con anterioridad al surgimiento del derecho del consumo, si se encontraba implícitamente en diversas normas del Código Civil. En primer lugar, una correcta tésis del principio de buena fe incluye el instituto en estudio como sustento de cualquier relación jurídica, y tal como sostiene Stiglitz<sup>130</sup>, el deber de información se ubica dentro de uno más amplio, el de cooperación, aun cuando uno y otro sean derivados de la buena fe.

Por otro lado, y en particular, la correcta integración de los arts. 897, 900, 902, 924 y concordantes del Código Civil, articulan la configuración de los hechos y actos jurídicos que al requerir discernimiento, intención y libertad para tener eficacia jurídica, dan por sentado el conocimiento que implica comprender las conveniencias del negocio y, consecuentemente, otorgar el consentimiento sin vicios de la voluntad, es decir, con plena libertad.

Finalmente, cabe señalar que el deber de información se trata de un derecho constitucional del consumidor, incorporado de manera expresa en el art. 42 de nuestra Carta Magna, con la reforma del año 1994.

En definitiva, el deber de información se encuentra plenamente receptado en nuestro derecho constitucional, civil y comercial y consumeril.

---

<sup>129</sup> LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal Culzoni, p. 177/178.

<sup>130</sup> STIGLITZ, Rubén, "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo", JA, 1997-II-764.

## 2) EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA LDC 24.240 (ref. p. LEY 26.361)

Teniendo en cuenta las finalidades de este trabajo, y desde un punto de vista *normativo*, viene oportuno hacer notar que la regulación del deber de información en la LDC se realiza a través de normas “abiertas” y normas “específicas”.

**a) NORMAS “ABIERTAS”:** Señalan al intérprete grandes lineamientos y conceptos generales que caracterizan a determinada figura. En la LDC una típica norma *abierta* relativa al deber de información es la receptada en el art. 4 que dispone lo siguiente: “*Art. 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.*

*La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”.*

**b) NORMAS “ESPECÍFICAS”:** Tienen por finalidad receptar aplicaciones *puntuales* del deber de información en distintas situaciones en particular. En la LDC, son normas “específicas” relativas al deber de información las reguladas en materia de oferta (art. 7), publicidad (art. 8), en el contenido de la factura (art. 10), en la prestación de servicios en general (arts. 19, 20 y 21), en la prestación de servicios públicos domiciliarios (art. 25), los requisitos contractuales exigidos en las operaciones financieras para consumo y de crédito para consumo (art. 36), entre otros ejemplos.

## 3) DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DEBER DE INFORMACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO.

Los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación establecen claramente que el contrato de consumo es concebido como un “tipo general” que influye sobre los demás tipos especiales de contratos. Y que la regulación receptada se limita a algunos *principios generales* que actúan a modo de “protección mínima”, la cual se *integra* con los contenidos complementarios de la legislación especial (particularmente la LDC).

Agregamos por nuestra parte, que el Proyecto pone de manifiesto una importante recepción del deber de información en materia de derecho del consumidor. Así dentro de los 24 artículos que regulan en un sentido general la “Formación del consentimiento” en los “Contratos de Consumo” (arts 1092 a 1116), cinco aquellos regulan aspectos relativos al deber de información (arts 1110, 1103, 1107, 1111, 1112). Más evidente es dicha recepción específica y detallada en la regulación general de

los “Contratos bancarios con consumidores y usuarios”, donde de un total de cinco artículos (arts 1384 a 1389) prácticamente todos ellos, a excepción del primero, regulan desde distintos puntos de vista el deber de información.

De lo dicho se sigue, que a pesar de que en los fundamentos del Proyecto se habla de incorporación de “principios mínimos” en materia consumeril, por el contrario, en la redacción del Código se incorporaron normas concretas que especifican el principio general del deber de información en casos o situaciones especiales, tal como analizaremos infra.

#### **4) DOS ASPECTOS DE IMPORTANCIA RELATIVOS AL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO**

Lo expuesto anteriormente pone de manifiesto dos aspectos de importancia:

a) Que el Proyecto de Código Unificado asigna a la institución del deber de información, una particular *relevancia* dentro de las instituciones que merecen incluirse dentro de la ya aludida “protección mínima”.

b) El problema práctico de la “integración” de las normas relativas al deber de información contenidas en el Proyecto, con aquellas otras normas que ya *pre-existían* en la LDC. En relación a este último aspecto cabe destacar que el anexo de derogaciones (anexo II) del Proyecto, modifica y *deroga* sólo algunos aspectos puntuales de la LDC (arts 1, 8, 40 bis, 50, 52 bis). De modo que todas las normas contenidas en la LDC relativas al deber de información se mantienen *vigentes*, y por lo tanto, deben ser *integradas* con las demás normas incluidas en el Proyecto de Código que regulan la misma materia.

A los fines de facilitar dicha tarea de *integración*, resulta de utilidad distinguir las diferentes modalidades regulatorias y supuestos de aplicación que evidencian las ya referidas normas “abiertas” y “específicas”.

#### **5) INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A DEBER DE INFORMACIÓN**

**5.1) REGULACIÓN EN CLAUSULAS “GENERALES” O ABIERTAS:** El Proyecto, dentro del Libro II, Título III, Capítulo 2, Sección 2º regula lo referente a “Información y publicidad dirigida a los consumidores”, donde se encuentran dos normas:

- Art. 1100: que lleva por título **“Información”** y que señala lo siguiente: *“El proveedor está*

*obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.*

- Art. 1103: “**Efectos de la publicidad.** *Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”.*

Como puede observarse, el art. 1100 se trata de una típica cláusula *abierta*, que transcribe casi textualmente el art. 4 LDC, y sólo agrega como novedad la referencia a “...*toda otra circunstancia relevante para el contrato*”, lo que implica conceder al juzgador la libertad para interpretar la correspondencia del deber de información según las circunstancias del caso en particular.

Por su parte, corresponde hacer referencia a la publicidad, que se integra con el deber de información que debe cumplirse en ésta, y que en el Proyecto se recepta en el art. 1103 que regula los efectos generales en forma idéntica al art. 8 LDC, por lo que, no merece mayores comentarios al respecto.

- Art. 1384: “**Aplicación.** *Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093.*

Esta norma ubicada dentro de la regulación de los contratos bancarios del Proyecto, realiza una suerte de *re-envío* a la regulación de los contratos de consumo donde se hallan –entre otras normas- aquellas que regulan lo referente al deber de información. De allí que en el sistema regulatorio del Proyecto de Código, las normas generales o abiertas que hemos referido anteriormente, también resulten aplicables a los contratos bancarios de consumo”.

**5.1.1) CONCLUSIONES:** *La integración del deber de información receptado en normas abiertas contenidas en el Proyecto de Código y en la LDC, no presenta mayores dificultades en razón de la similitud de contenido que presentan las mismas.*

**5.2) EL DEBER DE INFORMACIÓN REGULADO EN CLAUSULAS “ESPECÍFICAS”:** A diferencia del supuesto anterior, las normas *específicas* que regulan aspectos concretos y puntuales del deber de información (*ej. una etapa concreta del iter contractual o un tipo contractual particular*) incluidas en el Proyecto de Código, suponen en muchos casos verdaderas

*novedades* que no se hallaban previstas por la LDC. Por tal motivo, la *integración* de las mismas exige una mayor y mejor actividad al intérprete jurídico.

Realizaremos a continuación un análisis de las normas relativas al deber de información contenidas en el Proyecto de Código y sus vinculaciones con la LDC.

- Art. 1107: “*Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos*”.

El deber de información previsto por el art. 1107 para el supuesto puntual de las técnicas de celebración de contratos de consumo a distancia mediante la utilización de medios electrónicos<sup>131</sup>, supone una novedad ya que no contaba anteriormente recepción alguna en la LDC ni en el Código Civil, y que implica la incorporación de los contratos electrónicos en nuestro derecho de manera expresa.

En este caso el deber de información comprende la etapa precontractual ya que la norma alude a “*...la celebración de un contrato de consumo a distancia*”. Ahora la duda que surge es si:¿Se hallan también comprendido el deber de informar ulteriores derivaciones (ej. riesgos) que surjan luego de celebrado el contrato? Consideramos que la *integración* de esta norma con otras disposiciones relativas al deber de información tales como el Art. 42 CN, el art. 4 LDC y los arts. 9 (buena fe) y 1100 (información) del mismo Proyecto, autorizan a afirmar que el deber de información debe también extenderse en este último sentido, y que en definitiva, debe cumplirse en todas las etapas del contrato.

---

<sup>131</sup> El comercio electrónico (electronic commerce o e-commerce) que posibilita la compra y venta de productos o servicios (ej. home banking) a través de sistemas electrónicos como Internet y otras redes informáticas, es una práctica cada vez más frecuente e importante. En la comercialización en general que se realiza a través de portales en línea como: [www.mercadolibre.com](http://www.mercadolibre.com), [www.ebay.com](http://www.ebay.com), y ello se debe principalmente a tres aspectos: a) Los menores costos finales del producto, ya que quien comercializa con estas técnicas no necesita instalar ni mantener abiertos locales comerciales que suponen gastos en empleados, impuestos y servicios. b) La posibilidad de hallar una variedad infinita de productos nuevos o usados de prácticamente cualquier índole, lo cual resultaría imposible en un local comercial tradicional, y c) que se amplían infinitamente el mercado al eliminarse las fronteras de tiempo y lugar, que permiten comercializar productos en todo el mundo, las 24 horas del día.

- Art. 1111: *“Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho”.*

Por su parte el art. 1111 regula el deber de informar la facultad de revocación en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia de consumo, en la *“...etapa de negociaciones”*, en el documento que *“...instrumenta el contrato concluido”*, y que dicho derecho no se extingue si no ha sido informado debidamente al consumidor. Estas nuevas particularidades del deber de informar, pueden perfectamente integrarse con el art. 34 LDC que establece que el mismo debe realizarse *por escrito y ser incluido en forma clara y notoria.*

### **5. 3. ) La integración de las normas relativas al deber de información y el principio “in dubio pro consumidor”**

Desde este punto de vista, además de la distinción realizada supra, cabe agregar que la integración de la LDC y del Proyecto de Código Civil y Comercial debe realizarse siempre teniendo en miras o como norte el principio “in dubio pro consumidor”, ya que éste es un principio general aplicable en materia consumeril.

Este principio surge expresamente del art. 3 de la LDC, por todos conocidos, y además también del Proyecto de Código, que en los arts. 1094 y 1095 lo recepta en materia de integración e interpretación del contrato de consumo.

- Art. 1094. *“Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.*

*En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.*

Art. 1095.- *“Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”.*

En conclusión, no queda margen de duda sobre cuál será la manera de integrar el deber de información regulado en la Constitución Nacional, en la LDC, y en el Proyecto de Código Civil y Comercial.

**6) LOS MAYORES DEBERES DE INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS BANCARIOS:** Como ya hemos señalado anteriormente, en materia de contratos bancarios con consumidores y usuarios, y en comparación con lo regulado en la LDC, el Proyecto de Código incluyen numerosas normas que amplían los deberes de información a cargo del proveedor profesional de servicios bancarios. Señalamos en forma sintética las siguientes:

**6.1.- OBLIGACIÓN DE INCLUIR LOS DETALLES DEL FUTURO OBJETO CONTRACTUAL EN LA PUBLICIDAD DESTINADA A CAPTAR CLIENTES:**

El art. 36 LDC (*operaciones financieras para consumo y de crédito para consumo*) exige que el objeto contractual allí descripto (*bien o servicio, precio, monto a pagar, tasa de interés, costo financiero total, gastos extras, etc.*) sea incluido en el "...documento que corresponda".

Por su parte, el art. 1385 del Proyecto, sin derogar la disposición anterior, también extiende la obligación de incluir similar objeto contractual en los "anuncios" publicitarios del banco, exigiendo además que lo sea de forma "...clara, concisa y con un ejemplo representativo". La exigencia de incluir un "ejemplo representativo" debe entenderse en relación a todo aquello que exceda el conocimiento *medio* de un consumidor (ej. ejemplificar en que es una tasa de interés fija o variable y en relación a que parámetros se calcula esta última, ejemplificar en qué consiste y como se calcula el denominado sistema de amortización "francés" que se utiliza frecuentemente para el pago de cuotas de los créditos hipotecarios, etc).

La exigencia de incluir tales aspectos en la *publicidad* y con un *ejemplo representativo* constituye una novedad que se integra y se complementa -sin mayores inconvenientes- a la regulación ya existente en el art. 36 LDC.

**6.2.- EXIGENCIA DE FORMA CONTRACTUAL (art. 1386):** La norma exige forma "*escrita*" en instrumentos que permitan al consumidor: *obtener una copia; conservar la información que le sea entregada por el banco; acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato; reproducir la*

*información archivada*". Tales exigencias no se hallaban incluidas de forma expresa en la LDC 24.240. Tampoco en este caso existen mayores inconvenientes en integrar estas disposiciones al art. 36 LCD

**6.3.- OBLIGACIÓN DE PROVEER INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL SUFICIENTE PARA QUE EL CONSUMIDOR PUEDA CONFRONTAR LAS DISTINTAS OFERTAS DE CRÉDITO (art. 1387):**

El Proyecto establece el deber de brindar información relativa no solo a la oferta de crédito de la propia entidad bancaria, sino también respecto a otras entidades bancarias, ya que de lo contrario sería imposible para el consumidor "confrontar" las distintas ofertas de crédito. En tales términos, esta norma establece una prestación muy *específica* a cargo del Banco, que difícilmente podría haberse derivado de la norma genérica del art. 4 LDC, ya que esta última obliga a brindar información relativa a las características esenciales de los "servicios que provee" el *propio* proveedor profesional pero no respecto a servicios provistos por "otros" proveedores.

Desde otro punto de vista, al promover la comparación entre las diferentes ofertas de crédito existentes en el mercado, la obligación de información prevista por el art 1387 guarda relaciones con los objetivos de la ley de Defensa de la Competencia 25.156. Además, la integración con la LDC resulta plenamente factible en razón de lo dispuesto por el art. 3, 2do párrafo de la LDC.

**6.4.- IMPOSIBILIDAD DE EXIGIR EL PAGO DE SUMAS NO PREVISTAS EN EL CONTRATO, O COMISIONES O COSTOS POR SERVICIOS NO PRESTADOS (art. 1388):** Si bien tales previsiones no se hallaban expresamente incluidas en la LDC 24.240, su integración con esta última no reviste mayores dificultades. El 1er y 2do párrafo del art. 36 LDC al exigir requisitos tales como el importe a desembolsar, el total de los intereses a pagar (costo financiero total), la cantidad de pagos a realizar, los gastos extras, etc, se orientan hacia el objetivo de que el consumidor no tenga que desembolsar sumas que inicialmente no le fueron informadas o cuya pretensión de cobro carece de causa. De modo que ambas normas *coinciden* en tales finalidades.

**6.5.- INVALIDEZ DE CLÁUSULAS QUE IMPONEN AL CONSUMIDOR COSTOS NO INCLUIDOS AL INFORMAR EL COSTO FINANCIERO TOTAL (art. 1388 in fine):**

Al igual que en el caso anterior, se trata de un supuesto de invalidez de cláusulas contractuales. Si bien este supuesto no se hallaba expresamente incluido en la LDC 24.240, resulta factible de ser integrado con esta última, en especial con normas tales como el 1er y 2do párrafo del art. 36 LDC, y con los criterios generales o abiertos de control de cláusulas abusivas del art. 37 LDC (desnaturalización de las obligaciones, ampliación de los derechos del proveedor profesional de servicios bancarios).

#### **6.6.- NULIDAD DE CONTRATOS DE CRÉDITO QUE OMITEN INFORMACIÓN (art. 1389):**

Esta norma establece la nulidad de los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso. De un modo similar al caso anterior, se trata de un supuesto de nulidad contractual no incluido puntualmente en la LDC 24.240, pero que resulta complementario y factible de ser integrado con lo dispuesto en el 1er y 2do párrafo del art. 36 LDC, y con los criterios generales o abiertos de control de cláusulas abusivas del art. 37 LDC (desnaturalización de las obligaciones, ampliación de los derechos del proveedor profesional de servicios bancarios).

#### **4) CONCLUSIONES QUE SE PROPONEN COMO RECOMENDACIÓN DE LAS JORNADAS.**

a) En la “protección *mínima*” prevista por el Proyecto de Código Civil Unificado, se incluyen numerosas normas relativas al deber de información, lo que evidencia la importancia asignada a dicho *deber informativo* como una de las instituciones que merecen incluirse dentro de la ya aludida “protección mínima”.

b) Para el intérprete jurídico que debe realizar la tarea de *integración* de las normas que regulan el deber de información en la LDC y en el Proyecto de Código, resulta de utilidad distinguir la recepción de dicho deber a través de normas “abiertas” y de normas “específicas”.

c) Las cláusulas *abiertas* receptadas en el Proyecto de Código, no suponen mayores innovaciones ya que prácticamente reiteran los criterios de la LDC en materia de deber de información. Por tales motivos la tarea de integración entre ambos órdenes normativos no presenta mayores dificultades.

d) Las cláusulas *específicas* receptadas en el Proyecto de Código, incorporan aspectos novedosos y amplían los alcances del deber de información en comparación con la LDC. Ello implica que la tarea de integración entre ambos órdenes normativos requiere de una mayor y mejor actividad del intérprete.

e) Además, la integración de la LDC y del Proyecto de Código Civil y Comercial debe realizarse siempre teniendo en miras o como norte el principio “in dubio pro consumidor”, ya que éste es un principio general aplicable en materia consumeril, previsto de manera expresa en el art. 3 de la LDC y en los arts. 1094 y 1095 del Proyecto.

f) En materia de contratos bancarios, el proyecto de Código incorpora nuevos deberes informativos que amplían notablemente la regulación del art. 36 LDC (operaciones financieras para consumo y de crédito para consumo), y que pueden ser integrados a esta última.

g) En síntesis, el marco regulatorio del deber de información quedará conformado por las estipulaciones previstas en el art. 42 de la Constitución Nacional, por el Código Civil y Comercial Unificado, y por la LDC, siendo todas complementarias e integrables en defensa del consumidor.

### III JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO DEL CONSUMO Y I INTERNACIONALES

(Mar del Plata – 2012)

Ponencia de los Dres. GERALDINE DRESDNER (adjunta Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica de Santiago del Estero), CARLOS MARTÍN DEBRABANDERE (adjunto Universidad Católica de Santiago del Estero y Universidad de Concepción del Uruguay), y JUAN AURELIO RIVA (adjunto Universidad Católica de Santiago del Estero).

Domicilio: Roque Sáenz Peña 636, 8°

Teléfono: (011) 5297-7489

Correo electrónico: [gdresdner@jusbares.gov.ar](mailto:gdresdner@jusbares.gov.ar)

#### **“Acerca del modo en que el daño punitivo fue incorporado a nuestro sistema jurídico”**

**Sumario:** El daño punitivo aparece expresamente en nuestra legislación a partir de la reforma introducida por la ley 26.361 (art. 52 *bis*) a la ley 24.240 y se afianza a partir de su incorporación al Proyecto de Código Civil y Comercial. De modo genérico, puede entenderse como una sanción o condenación accesoria y, por tanto, otorga una acción no autónoma, dirigida a uno o más proveedores que causaren un daño injusto como consecuencia de la violación de la Ley de Defensa del Consumidor y su plexo normativo. Sin embargo, su consagración legislativa se presenta inadecuada o insuficiente en relación con el principio de seguridad jurídica que debe garantizársele a los ciudadanos. De allí la necesidad de puntualizar acerca de la incorporación de criterios claros y objetivos en un marco normativo acorde que limite la discrecionalidad del juzgador pero que, a su vez, permita un contralor más exhaustivo de la mentada atribución.

## **PUNTOS DE PONENCIA**

### *Lege lata*

1) La norma prevista en el art. 52 *bis* de la ley 24.240 (texto según ley 26.361) se manifiesta como inadecuada o deficiente por cuanto omite reglar la facultad judicial estableciendo pautas que limiten la discrecionalidad del juzgador, y, a su vez, permitan un contralor más exhaustivo de dicha atribución.

2) La petición de daño punitivo no implica una acción autónoma de los consumidores damnificados toda vez que su postulación reviste siempre carácter accesorio a cualquier planteo de violación de la Ley de Defensa del Consumidor.

### **Lege ferenda**

1) Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez aplicará, en la medida que se configuren los presupuestos generales de la responsabilidad civil y, en particular, el daño a la víctima y el reproche subjetivo, una sanción pecuniaria a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La sanción pecuniaria que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

1. Preliminarmente y tal como se ha señalado en la exposición de fundamentos del actual Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011 (presidida por el Dr. RICARDO L. LORENZETTI), *“el instituto que referimos proviene de un campo ajeno a la responsabilidad civil, tradicionalmente enfocada en la reparación. Es culturalmente distante, porque su desarrollo se ha producido en Estados Unidos de América, y no en el área latinoamericana o europea que han sido las tradicionales influencias en nuestro derecho. Es todavía novedoso donde se aplica, porque está en constante revisión. Ha sido estudiado en la doctrina argentina bajo el nombre de ‘daños punitivos’, siguiendo en este aspecto a la práctica anglosajona. Esta expresión es equívoca: por un lado el daño se*

*repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador?*

Como una primera aproximación, puede señalarse que los daños punitivos, traducción literal del inglés “punitive damages” son las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir hechos similares en el futuro<sup>132</sup>.

Al respecto, cabe destacar que la doctrina no era pacífica en cuanto al otorgamiento de indemnizaciones superiores a los daños ocasionados, como es el caso del daño punitivo: mientras que algunos consideraban su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico como reñido con los principios constitucionales que rigen la imposición de sanciones de naturaleza penal<sup>133</sup>, otros lo entendieron como un avance en materia de Protección de los Consumidores y Usuarios<sup>134</sup>.

Superada la decisión de regular este instituto, la ley 26.361 incorporó el art. 52 *bis* a nuestra Ley de Defensa del Consumidor –en adelante, LDC–, el cual textualmente expresa: “*Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que corresponda*”.

2. Genéricamente, se ha definido al daño punitivo como la condenación suplementaria que en determinados casos, se aplica a quien causa un daño injusto, como consecuencia de la comisión de un ilícito, por encima del efectivo resarcimiento de aquel<sup>135</sup>.

Concretamente, como se dijo y tal cual expresa CENTANARO<sup>136</sup>, estamos ante una figura del derecho anglosajón, que consiste en una multa civil que el consumidor puede obtener, y cuyo

---

<sup>132</sup> v. GÓMEZ LEO, OSVALDO R. y AICEGA, MARÍA V., *Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor*, JA, 2008-III-1353 SJA 20.08.2008.

<sup>133</sup> PICASSO, SEBASTIAN, “Los daños punitivos” en *Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada*, dirigida por PICASSO, SEBASTIAN y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., La ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, pág. 596 y sigtes

<sup>134</sup> CENTANARO, IVANA y SURIN, JORGE A., *Leyes de Defensa del Consumidor y Usuario, comentadas y anotadas*, Lajouane, Buenos Aires, 2009, pag. 77.

<sup>135</sup> BRUN, CARLOS A., “Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, DJ, 4/6/08.

<sup>136</sup> v. CENTANARO, ESTEBAN, “Contrato y relación de consumo: actualidad en torno a las últimas modificaciones legislativas” en *Estudios de derecho civil con motivo del Bicentenario*, dirigido por Conte Grand, Julio- De Reina Tartiere, Gabriel, El Derecho, Buenos Aires, 2011.

importe no guarda relación con el daño que ha sufrido. El objeto de este instituto es impedir que el proveedor siga vendiendo un producto que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. El daño punitivo tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en nuevos incumplimientos.

Por su parte, PIZARRO<sup>137</sup> se ha referido al daño punitivo como aquellas sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

Otros, lo han sindicado como un *plus* que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños<sup>138</sup>.

Los daños punitivos *“tienen entonces un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños”*<sup>139</sup>.

En definitiva, los daños punitivos han sido definidos de las más diversas formas, pero todas o la mayoría de las definiciones incluyen los siguientes elementos: (i) suma de dinero otorgada a favor del damnificado por sobre el daño efectivamente sufrido; (ii) se los aplica con la finalidad de castigar al incumplidor y para disuadir al sancionado de continuar con esa conducta o conductas similares, (iii) también son aplicados con la finalidad de prevención general; es decir, para disuadir a otros proveedores que practiquen conductas análogas a la sancionada. Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en

---

<sup>137</sup> PIZARRO, RAMÓN D., “Daños punitivos”, en *Derecho de daños, segunda parte*, La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 291/292.

<sup>138</sup> v. REGLERO CAMPOS, FERNANDO, citado por TRIGO REPRESAS, FELIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO, *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, pág 557.

<sup>139</sup> PICASSO, SEBASTIAN, op. cit., tomo I, pág. 594.

qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo<sup>140</sup>.

3. Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil oportunamente aconsejaron “*la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero*”.

Dicha conclusión fue ratificada en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión N° 2), en donde la mayoría recomendó, de *lege ferenda*, que “*Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos con destino a la víctima, en los cuales la cuantificación tenga en miras el patrimonio del agente dañador*”.

Por su parte, el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 propuso facultar a los jueces a aplicar “*una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva*” y agregó que “*Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada*” (art. 1587).

Actualmente, el proyecto de Código Civil y Comercial contiene la siguiente propuesta referida al tema que nos ocupa: A) en el Anexo I “*Título V: Otras Fuentes de las obligaciones. Capítulo I: Responsabilidad civil. Sección 2ª: Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva*” encontramos el art. 1714: “*Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada*”. B) en el Anexo II, el punto 3.5. dispone sustituir el artículo 52 bis de la ley 24.240, modificada por la Ley N° 26.361, por el siguiente: “*Artículo 52 bis.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos*

---

<sup>140</sup> conf. CNCom, Sala F, 10/05/2012, “R. S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.”, elDial.com - AA769F.

*del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida’.*

En los fundamentos del referido proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se ha explicado que, para evitar estos problemas, y luego de muchas discusiones, se adoptó el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva”; que la norma proyectada dispone que se aplica exclusivamente a los derechos de incidencia colectiva y mantiene la norma especial respecto de las relaciones de consumo; que el objeto de esta pretensión es una sanción al responsable.

Luego, de acuerdo con la descripción de los mismos autores, el instituto —tal como ese proyecto lo ha delineado— tiene los siguientes caracteres: a) No se aplica de oficio, sino a petición de parte. Tienen legitimación quienes pueden petitionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva, según los define el Título Preliminar. b) Tiene finalidad disuasiva de la conducta de quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. c) Su monto se fija prudencialmente. La regla general es que el daño se resarce por equivalencia o por satisfacción, pero el juez no puede apartarse de la prueba o usar su prudencia. En cambio, en la sanción, no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial. d) Los criterios son: las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. e) La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. f) Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provocara una punición irrazonable o excesiva, el juez deberá computarlas a los fines de lo previsto en la norma. En tal supuesto de excepción, el juez podrá dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida (conf. art. 1715 del proyecto de Código Civil y Comercial).

---

4. Bien se ha dicho por nuestros tribunales<sup>141</sup> que, ciertamente, no se ignora la amplitud y vaguedad del texto en cuanto a las condiciones que deben reunirse para la procedencia de la multa y su alcance (v.gr. “que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales”). Empero, en nuestra doctrina parece haber consenso en afirmar que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable y cualquier actuación meramente negligente o culpable no dará lugar a la multa civil prevista en el art. 52 *bis* en análisis. Se sostiene que la aplicación del instituto es de carácter excepcional y de naturaleza restrictiva y que solo procede cuando el proveedor incumpla sus obligaciones con dolo, culpa grave, malicia y/o cuando el comportamiento importe un desprecio inadmisibles para el consumidor<sup>142</sup>.

Asimismo, también ha expresado la jurisprudencia que, si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva<sup>143</sup>.

Mas, en rigor, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 *bis*. Es que, el art. 8 *bis* refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: “*Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma*”<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> CNCom., Sala F, 10/05/2012, “R., S. A. c. *Compañía Financiera Argentina S.A.*”, eDial.com - AA769F.

<sup>142</sup> LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, p. 17 y ss., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

<sup>143</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala III, causa “*Rueda, Daniela, c. Claro Amx Argentina SA*”.

<sup>144</sup> FERRER, GERMÁN LUIS, “La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos”, *La Ley*, 2011-F, 737.

En esta directriz se ha dicho también que constituye un hecho grave susceptible de “multa civil” por transgresión del LDC 8 *bis* que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición<sup>145</sup>.

En idéntico sentido, se manifestó recientemente nuestra doctrina en las Conclusiones de la Comisión N° 4 (“Cláusulas abusivas. Control judicial y administrativo”) del *III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores - “Panorama actual y prospectiva del derecho del consumidor”*, realizado en homenaje al profesor doctor ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, del 23 al 25 de septiembre de 2010, en la Facultad de Derecho de la UBA, donde —en lo que aquí interesa— estableció: “1. *Las cláusulas y prácticas abusivas en lo jurídico, tienen por objeto la traslación de riesgos hacia los consumidores y usuarios, con la finalidad de cercenar el ejercicio de derechos de los consumidores y usuarios para obtener una sobretasa de ganancia. (...) 5. La reiteración en la inclusión de cláusulas que hubieran sido declaradas nulas anteriormente por parte de la misma empresa, deberá dar lugar a la aplicación de las sanciones punitivas establecidas en el artículo 52 bis de la ley 24.240 (t.o. por ley 26.361). 6. Cuando una cláusula hubiera sido declarada nula, y la empresa no la hubiere removido en todos los contratos en curso de ejecución u omitiere la notificación al consumidor, deberá también dar lugar a la aplicación de las sanciones punitivas establecidas en el artículo 52 bis de la ley 24.240 (t.o. por ley 26.361)”*”.

5. Ahora bien, de la lectura del art. 52 *bis* de la ley 24.240 incorporado por ley 26.361 que introdujo el instituto que analizamos a nuestro sistema jurídico, surge que las condiciones de procedencia del daño punitivo consisten en que el proveedor incumpla “sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor” y que sea pedido por el damnificado.

Reunidos tan elementales recaudos, el juez “podrá” —pareciera que a su solo arbitrio— imponer una multa civil al proveedor victimario.

La norma aparece así como inadecuada o deficiente por cuanto omite —a nuestro modo de ver, debiendo hacerlo— reglar la facultad judicial estableciendo pautas que delimiten la

---

<sup>145</sup> FALCO, GUILLERMO E., “Cuantificación del daño punitivo”, *La Ley*, 23/11/2011.

discrecionalidad del juzgador y, a su vez, permitan un contralor más exhaustivo de tal atribución jurisdiccional.

La reacción doctrinaria y jurisprudencial, frente a tal señalamiento, ha sido la de intentar superar tales inconsecuencias legislativas a través de la labor interpretativa. Así, tal como sintetiza PICASSO, “*todos los autores partidarios de los punitive damages concuerdan en la necesidad de que su imposición se vea rodeada de ciertos requisitos, que por otra parte constituyen el reflejo de los que se exigen en el derecho comparado*”<sup>146</sup>. Y, en ese sentido, siguiendo a PIZARRO, enumera como condiciones: 1) grave reproche subjetivo en la conducta del dañador; 2) existencia de lesión o daño; y 3) en principio, no aplicación en la esfera contractual.

En ese orden, las citadas XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, si bien descartaron la aplicación a esta materia de las garantías constitucionales propias del proceso penal, aconsejaron limitar las “penas privadas” a “*casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos*”, señalaron que “*es necesario que medie reproche subjetivo en la conducta del sancionado*” y consideraron “*prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el sancionado*”.

El objeto fundamental de establecer determinados recaudos de procedencia del instituto reside en satisfacer un mínimo de seguridad jurídica.

6. El término “seguridad” tiene origen latino en la palabra “securitas”, la cual deriva del adjetivo “securus” que significa estar seguros de algo y libres de cuidados.

Algunos autores han tratado de ver a Sócrates como precursor de la seguridad jurídica, derivado fundamentalmente del pensamiento vertido en el conocido diálogo platónico el *Critón*<sup>147</sup>. Por otra parte, se ha dicho que esta garantía ha nacido con la modernidad y a partir de un monismo

---

<sup>146</sup> PICASSO, SEBASTIAN, o.p. cit., tomo I, pág. 621.

<sup>147</sup> PLATÓN, *Diálogos socráticos*, estudio preliminar de Ángel Vassallo, Cumbre, México, 1980, p. 43 y ss.

ideológico caracterizado por una rigidez social que venía a colocar fin a la pluralidad medieval que constituía su antítesis<sup>148</sup>.

Desde un punto de vista más bien económico, la noción de seguridad jurídica aparece en estudios sociológicos. MAX WEBER, desarrolló con singular agudeza una idea que sostenía era propia del espíritu del capitalismo moderno a diferencia del capitalismo aventurero. El cálculo económico debía ser seguro en una economía moderna organizada racionalmente, y ello no podía ni siquiera concebirse si el derecho y su administración no estuvieran conformados con una perfección formal técnico-jurídica<sup>149</sup>.

Desde luego, con el correr del tiempo la terminología fue evolucionando y ampliándose a otros ámbitos. No obstante, más allá de las diversas definiciones y extensión que actualmente se pudiera brindar a la expresión, resultan ilustrativos los elementos que un enunciado -razonablemente- debería contener según el criterio de OLIVERA: “debe entenderse por seguridad jurídica: a) la seguridad física, b) la regularidad y eficacia en los mecanismos de aplicación del derecho, c) la claridad y coherencia del sistema legal y d) la estabilidad del orden jurídico”<sup>150</sup>.

---

La seguridad jurídica, es un principio esencial del Derecho y una garantía reconocida al individuo, que se vincula con la certeza, certidumbre, confianza y convicción que debe vincularse al ejercicio de los poderes del Estado y, en particular, en el Legislativo y el Judicial -que aquí especialmente interesa- en cuanto a la posible afectación de las personas, derechos y bienes, es decir, su situación jurídica. No por nada se pregona con énfasis que debe garantizarse al individuo y a la sociedad la seguridad jurídica.

---

<sup>148</sup> PECES - BARBA, G., “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 216 y ss.

<sup>149</sup> MAX WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Ediciones Península., España, 1979, en BARBAROSCH, EDUARDO, *La seguridad jurídica en la decisión judicial. ¿ Utopía o realidad?*, disponible en línea [<http://www.econ.uba.ar/planfenix/docnews/IV/Seguridad%20Juridica%20e%20Institucional/Barbarosch.pdf>] al 30/10/12.

<sup>150</sup> OLIVERA, JULIO H.G. “Crecimiento Económico y Seguridad Jurídica”, estudio expuesto en su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales el 23 de julio de 1965 en LYNCH, HORACIO M., “La Ley y la Ley”, LL1995-E 1026.

Por otra parte, se ha dicho que la seguridad jurídica “establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho. Supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento<sup>151</sup>.

La idea de esta seguridad entraña una bondad intrínseca que posee todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que las normas que lo componen están preestablecidas y son perfectamente conocidas por sus destinatarios, lo cual coloca a estos últimos en una capacidad de predecir el ejercicio de los propios órganos de poder y su actuación frente a los demás sabiendo a qué atenerse. Dicha predicción se hace posible cuando las normas jurídicas tienen, entre otros caracteres, el de la publicidad, generalidad, claridad, posibilidad de ejecución, estabilidad, irretroactividad, coherencia y en donde, además, los jueces y demás encargados de aplicar las normas lo hacen de manera consistente y regular<sup>152</sup>.

Precisamente, sobre este último aspecto, y con referencia al tema de la ponencia entendemos que la redacción del precepto legal previsto en el art. 52 *bis* de la ley 24.240 (modif. ley 26.361) viene a comprometer esta especial garantía que descansa en los consumidores entendidos como el último eslabón débil de una cadena de producción y comercialización.

Por ello, sostenemos, que la norma en estudio se manifiesta como inadecuada o deficiente por cuanto omite reglar la facultad judicial estableciendo pautas que limiten la discrecionalidad de juzgador, y, a su vez, permitan un contralor más exhaustivo de dicha atribución.

Complementando su redacción, incorporando criterios claros y objetivos se brindará una herramienta más concreta y útil para los magistrados y se permitirá que la tranquilidad, convencimiento, claridad, coherencia y estabilidad sean algunos de los rasgos que caracterice a la seguridad jurídica que ha de recaer sobre la situación jurídica no sólo de los consumidores —

---

<sup>151</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

<sup>152</sup> SUÁREZ ROMERO, MIGUEL ÁNGEL, “La seguridad jurídica a la luz del ordenamiento jurídico mexicano”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 314

especiales destinatarios de la tutela expresa de la Ley de Defensa del Consumidor— sino de los mismos proveedores que se podrían ser sancionados.

De este modo, los jueces contarán con mecanismos idóneos para ejercer su poder jurisdiccional con racionalidad, acreditación objetiva y palmaria de los extremos invocados en los pleitos con un profundo ajuste a derecho, seriedad y prudencia, a fin de no transformar su arbitrio en arbitrariedad, y ello en función de la verdad real, la seguridad jurídica y el valor justicia.

---

En definitiva, siendo que la figura analizada presenta una descripción extremadamente genérica de la conducta sancionada, sugerimos la necesaria verificación en cada caso de los presupuestos de la responsabilidad civil en general, que de *lege ferenda* proponemos, a saber: el incumplimiento objetivo, el factor de atribución de ese ilícito al sancionado, el sufrimiento efectivo de un daño por el consumidor o usuario, la relación de causalidad entre ese hecho y los perjuicios ocasionados.

De hecho, en el proyecto de Código Civil y Comercial, el daño punitivo fue incluido en el título correspondiente a la responsabilidad en general y no exclusivamente en el estatuto del consumidor, habiendo quedado ampliado el ámbito de aplicación del instituto que analizamos al caso de afección a derechos de incidencia colectiva, o sea, en el ámbito de la responsabilidad civil —en general— y en el marco de una relación de consumo en el art. 52 *bis* de la LDC que se anexa como legislación complementaria.

Al respecto, cabe tener presente la conceptualización efectuada por nuestro más alto Tribunal en cuanto a los derechos de incidencia colectiva que tengan por objeto bienes colectivos y aquellos que se refieren a intereses individuales homogéneos.

En cuanto a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) expresó la CSJN<sup>153</sup> que los mismos “*son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.*”

---

<sup>153</sup> CSJN, 24/02/2009, “*Halabi, Ernesto c/P.E.N. – Ley 25.873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986*”, H. 270. XLII.

*“En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.*

*“En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.*

*“De tal manera, cuando se ejercita la forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación” (v. Considerando 11).*

Por su parte, estableció *“Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referencia a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.*

*“En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño” (Considerando 12).*